
COMPENDIO
DE
HISTORIA GERAL DO DIREITO

POR
J. IZIDORO MARTINS JUNIOR

Lente Cathedratico da Faculdade do Recife.

PERNAMBUCO
RAMIRO M. COSTA & C. – EDITORES
LIVRARIA CONTEMPORANEA

1898

OBRAS JURIDICAS DO AUTOR:

FRAGMENTOS JURIDICO-PHILOSOPHICOS, 1 vol.

HISTORIA DO DIREITO NACIONAL, 1 vol.

OBRAS LITTERARIAS DO MESMO:

A POESIA SCIENTIFICA, (estudo critico) 1 vol.

VISÕES DE HOJE, (poema) 1 vol.

ESTILHAÇOS (versos) 1 vol.

TELA POLYCHROMA, (versos) 1 vol.

A

Sylvio Roméro

O GRANDE JURISTA PHILOSOPHO,
CUJA OBRA CRITICO-LITTERARIA É O ORGULHO DA ACTUAL
GERAÇÃO BRAZILEIRA.

HOMENAGEM

De um dos mais humildes da

Escola do Recife.

Du jour où on a connu le sanscrit et entrevu les lois de la transformation du langage à travers les temps et les lieux, on s'est aperçu que la spéculation pure était impuissante et qu'on perdait son temps à n'étudier qu'une seule langue, fût-ce le grec ou le latin. Il en est de même de la science du droit. Si elle se livre à la spéculation abstraite, elle s'égare; si elle se renferme dans l'étude d'un texte unique, fût-ce le Digeste ou le Code Civil, elle se condamne à voir sans comprendre. Elle ne peut trouver la raison des choses qu'à la condition de n'ignorer aucun des monuments de législation, de les rapprocher les uns des autres et de les embrasser tous dans leur ensemble.

R. DARESTE: Études d'histoire du Droit.

HISTORIA GERAL DO DIREITO

I

Evolução do Direito e leis que a dominam

§

Considerado como *norma agendi*, como complexo de regras consuetudinarias ou escriptas, o Direito não é só um engenhoso *mechanismo* regulador da co-existencia social em tal ou qual grupo humano; é também, e principalmente, um *organismo*, um quasi ser estruturado e vivo, nascendo, evoluindo e finando-se em condições determinaveis.¹

Olhando-o por esse prisma é que se póde repetir, com R. Von Jhering, que o Direito apresenta “todos os attributos de um producto natural: a unidade na multiplicidade, a individualidade, o crescimento, etc.”

E é sobretudo nesse ponto de vista que se póde fallar em uma *evolução juridica*, porquanto o lado mechanico e cultural do Direito presta-se muito menos á manifestação desse phenomeno.

Talvez por não ter attendido ao duplo modo de ser, *organico* e *mechanico*, do Direito, foi que G. Tarde oppoz á idéa de *evolução juridica* a de meras *transformações*, determinadas, na mór parte dos casos, pelo espirito de *imitação*.²

Realmente, visto no seu aspecto de instituto social, de aparelho regulador e selector fabricado voluntariamente para realizar na Cidade humana “o accordo das vontades, produzindo a equação dos interesses”, o Direito póde apparecer-nos desigual, fragmentado, *imitativo*, e em muitos casos *regressivo* mesmo.

¹ Vid. *Historia do Direito Nacional*, pelo autor, pags. 8, 9 e 10.

² Vid. G. Tarde: *Les transformations du Droit*.

Não assim si o virmos na sua feição fundamental e organica, como um producto natural determinado por fatalidades bio-sociologicas.

E é impossivel recusar ver o Direito por esse prisma, hoje que os methodos das sciencias naturaes renovaram os estudos sociaes e dominam em absoluto o campo dos conhecimentos humanos.

Passaram os tempos em que se podia dizer que “o Direito é um acto do livre-arbitrio, fundado na lei moral e portanto uma expansão da vontade, determinada pela intelligencia.”¹ A propria modalidade cultural, aparentemente voluntaria, do Direito, conforme o vemos entre os povos modernos, obedece a um determinismo especial, em que os antecedentes e o meio representam o papel principal.

Assentemos, pois, que se póde fallar desassombradamente de uma *evolução jurídica*, de mesmo modo que se póde fallar de uma *evolução das especies (philogénia)* ou da evolução de uma especie vegetal ou animal determinada (*ontogénia*).

O mesmo jurista-philosopho que acima citámos, o autor do livro *Les Transformations du Droit* não se animou a repellir, de modo absoluto, a idéa de que se trata. Rejeitando o ponto de vista biologico no estudo da idea-tipo do desenvolvimento, pediu elle essa idéa ás leis da mechanica e da logica, propoz-se a “indicar os principaes traços da *evolução do Direito*, concebida como uma alta e complexa operação de logica social.”²

A concepção de um Direito organismo, movendo-se, desenvolvendo-se ou evoluindo, no tempo e no espaço, atravez dos povos e dos paizes; surgindo do plasma primitivo do facto ou do costume para especializar-se nas regras legislativas e nos codigos; liga-se intimamente a esta outra concepção da Sociedade-organismo, que é acceita e

¹ Foi com espanto que lemos, ha pouco tempo, tal definição, dada por um illustre jurista brasileiro.

² Vid. ob. cit.; pag. 10.

defendida hoje pelos melhores e maiores espiritos, em que pese a Gumplowiez, o illustre autor da *Luta das raças*.

A Sociedade-organismo evoluiu e evolúe anatomica, morphologica, physiologica e psychologicamente, por intermedio da *luta* e sob o aguilhão dos elementos hereditarios e mesologicos; o Direito-organismo, visceralmente ligado á Sociedade, evolúe com ella e do mesmo modo que ella, fazendo identica trajetoria, supportando eguaes influencias e lutas, obtendo as mesmas victorias e derrotas.

E' esta a lição dos factos; é este o depoimento da archeologia, da anthropologia e da historia.

Assim, por exemplo, quando remontamos á phase inicial de associacionismo, em que varios nucleos de individuos consanguineos e affins, divididos em tribos e hordas, viviam nomades ou sedentarios, sem uma organização politica regular, entregues exclusivamente ás necessidades physiologicas da alimentação e da procreação: vamos encontrar typos de familia cahoticos e rudimentares, reflectindo o proprio cahos das aggremações primitivas. E' aqui o hetairismo, ali o matriarchado polyandrico, mais longe a polygamia patriarchal endogamica e exogamica e raramente, neste ou naquelle ponto, o typo monogamico da união conjugal.¹ Tudo confuso e informe, como o envolucro social respectivo.

Si encaramos o phenomeno da propriedade, vemol-a por sua vez evoluir, adaptando-se successivamente aos varios modos de constituição social: isto é, vemol-a mobiliaria ou immovel, individual ou

¹ Para o fim que aqui temos em vista não carecemos saber si promiscuidade, polyandria, polygamia e monogamia devem ser consideradas phases regulares e successivas da evolução da familia. Conhecemos as divergencias dos autores a esse respeito e sabemos quanto é atacavel a seriação de que se trata, embora proposta e defendida pela generalidade dos sociologicos e juristas.

collectiva, collectiva da familia ou da tribu, conforme as condições de existencia e desenvolvimento dos agrupamentos sociaes primitivos.¹

Foi da familia patriarchal, e posteriormente do *clan* e da tribu, que nasceram as primeiras sentenças, portanto as primeiras regras de Direito. “Por toda parte, no regime patriarchal, a justiça está no arbitrio dos juizes, lei é a decisão do pae, do chefe dessas aggregações de pessoas, familias ou clans que por justaposição constituem já um povo mas não formam ainda uma nação. Isolados os homens em grupos familiares, a palavra do pae é a lei em cada casa: é a unica lei. Depois, aggregadas as familias em clans, constituida a unidade da villa, os grupos relacionam-se, e o chefe, rei, conde, consul, juiz, king, konig, graf, sophetim, etc. — é como o pae de uma familia mais vasta e o juiz de uma assembléa mais numerosa; mas o seu arbitrio, inspirado pelas *themistes* e não apenas caprichoso, é ainda a unica lei, á maneira do que fôra a do pae nos limites mais acanhados do fôro domestico.”²

Os primeiros institutos penaes humanos, taes como o *talião* e a vingança familiar; o barbaro instrumento processual das *ordalias* ou *juizos de Deus*, revelam tambem, de modo eloquente, a ligação intima das concepções e creações juridicas com o estado geral, — mental, affectivo e pratico — das sociedades em que ellas surgem.

Não temos necessidade de mais para nos convencermos de que o Direito organismo tem, como o organismo social, de que é commensal, uma evolução que se póde determinar e cujas leis superiores precisam ser estudadas.

¹ Ainda neste ponto devemos advertir que não nos preocupa a questão de saber si a marcha da evolução effectuou-se, nascendo o communismo familial do communismo da aldeia ou da tribu, ou este daquelle. Basta-nos ter certeza de que as duas formas alludidas existiram, tendo aliás como contemporanea e talvez como predecessora a propriedade individual mobiliaria, embora excepcional e limitadissima.

² Oliveira Martins: *Quadro das Instituições primitivas*, pag. 145.

§

Encarando a questão no seu aspecto mais geral, podemos dizer que a lei que preside a evolução do Direito é a mesma que rege a Historia, no seu desenvolvimento secular, e da qual é um resumo a vida intellectual de cada individuo; por isso que já em biologia, já em sociologia, a *ontogénia* é um resumo ou reprodução individual da *philogénia*.

Qualquer que seja a formula offerecida para traduzir a referida lei da Historia, ver-se-ha que o instincto juridico da humanidade adaptou-se sempre ás fatalidades da mesma lei.

Tomemos, por exemplo, a celebre *lei dos tres estados*, formulada pelo fundador da *Philosophia Positiva* e pelo mesmo philosopho lançada como alicerce da Sociologia: — *Todas as nossas concepções, quer individuaes quer collectivas, passam pelos tres estados seguintes: o theologico, o metaphysico e o positivo.*

Sabe-se que nessa concepção de Augusto Comte o estado theologico caracteriza-se pela predominancia do sobrenaturalismo religioso na explicação de todos os phenomenos; o estado metaphysico, negativo e dissolvente, consiste na explicação dos phenomenos por entidades imaginarias, verdadeiros *entes de razão*, desprovidos do character de Divindade; o estado positivo, emfim, traduz-se n'uma interpretação do mundo, fornecida pelos processos scientificos, sem preocupação de causas originarias ou finaes.

Dada como verdadeira a lei comteana, poder-se-ha dizer que o Direito percorre tambem os três estados alludidos? Parece-nos que sim.

Na India, na China, na Assyria, no Egypto, na Grecia, em Roma, no Perú e no Mexico, para só fallar das grandes civilizações antigas, o primitivo Direito, quando não foi francamente theocratico, foi profundamente theologico. E' o que verificaremos amplamente no correr

do nosso estudo, quando tivermos de tratar em particular das velhas civilizações referidas, e dentro em pouco, quando assignalarmos a confusão originaria do Direito com a Religião e a Moral.

O periodo metaphysico do Direito foi, e ainda é actualmente, uma realidade irrecusavel.

Quando, com o correr dos tempos, os jurisconsultos e philosophos abriram brecha, em nome das idéas de justiça e de humanidade, no velho reducto do Direito patriarchal e sagrado, começou para a Jurisprudencia a phase critica e dissolvente, que do seculo XV em deante o espirito humano iniciou, na theoria e na pratica, contra o regimen catholico-feudal. Basta recordar a obra dos *prudentes* e dos pretores no Direito Romano para avaliar a importancia da transformação realisada na direcção a que alludimos. A *oequitas*, o *jus honorarium*, foram na vida juridica occidental a primeira manifestação do philosophismo que Grotius e seus discipulos transformaram nesse extenso compendio de metaphysica que veio a chamar-se *Direito Natural*, e em que fallam ainda hoje muitos juristas.

O *estado positivo* do Direito é, por seu turno, um facto innegavel. Correspondendo a uma concepção scientifica do mundo, que só em meados do nosso seculo nos poudeser fornecida, elle esta necessariamente no seu inicio, e coexiste ainda com os restos dos estados anteriores. Entretanto é indiscutivel que a concepção que hoje temos do Direito satura-se cada vez mais de espirito scientifico, isto é, positivo.

A substituição do conceito de um Direito Natural, eterno, immutavel e anterior ao homem, pelo de um Direito humano, variavel e evolutivo, filho das necessidades organicas e culturaes da sociedade, é o signal da crescente e definitiva positivação das intuições e instituições juridicas. Além disso ahi estão as recentes e progressivas applicações dos methodos das sciencias naturaes aos problemas do direito penal e mesmo

do civil, para attestar a entrada do Direito em uma phase nova, puramente naturalistica e scientifica.

Vê-se que, estudando a evolução juridica, poder-se-hia assignalar-lhe como lei capital a mesma que Augusto Comte deu como base á Sociologia.

Mas os juristas não se têm contentado com isso, e procuram as leis especiaes do phenomeno que nos está occupando.

E' assim que G. D'Aguanno, em seu notavel trabalho *La genesi e l'evoluzione del Diritto Civile*, insere um capitulo destinado a estudar as leis que governam a vida do Direito. O illustre civilista italiano, subordinando-se ao ponto de vista anthropologico que domina toda sua obra, aponta a *herança*, o *meio*, e a *luta*, como sendo as leis em questão.¹

Não ha duvidar que os factos a que se refere D'Aguanno São verdadeiros e que taes factos podem explicar a desenvolução do Direito, como parte integrante do organismo social, que, por sua vez, obedece ás condições de hereditariedade, e que luta para adaptar-se convenientemente ao meio em que evolue.

Mas o que torna pouco apreciavel a explicação do mestre italiano é exactamente a nenhuma peculiaridade juridica das leis que elle apresenta como dominadoras das instituições respectivas. Pedindo emprestadas aos naturalistas Darwin e Haeckel as leis geraes da evolução das especies, D'Aguanno fez o mesmo que faria quem se limitasse a dizer, segundo a concepção de Comte, acima exposta, que o Direito atravessa os tres estados revelados na Historia durante o evoluir da mentalidade humana.

¹ Note-se que D'Aguanno, no summario do capitulo em que se occupa deste assumpto enumera as leis alludidas deste modo; 1º *tradizione*, 2º *eredità*, 3º *lotta pel diritto*; mas no desenvolvimento de sua these equipara a *tradição á herança* (que não differem realmente) e indica o *ambiente* ou *meio* como o maior modificador do Direito, ao lado da *hereditariedade* e da *luta*.

Nestas condições não podemos considerar as leis de D' Aguanno senão como indicadoras de que o Direito-organismo evolue do mesmo modo, e sob os mesmos impulsos, que a Sociedade organismo; — exactamente como na hypothese da lei comteana.

Ao contrario de Giuseppe d'Agunanno, um seu illustre patricio, Pietro Cogliolo, atirou-se resolutamente na pista das *leis technicas e especificas* da evolução juridica.¹

Eis as que elle formulou, depois do inquerito a que procedeu nos dominios da historia:

O Direito é primeiramente formado na GENS e na familia e pouco a pouco é transferido ao Estado;

A execução das sentenças é primeiramente pessoal e depois real;

As relações juridicas antigas se encarnam nas formas processuaes;

Todas as formas se modificam, simplificando-se e passando pelo estadio do SIMULATA PRO VERIS;

Os codigos de um povo surgem naquelle periodo em que os costumes e as regras são numerosos e estão a corromper-se.

Algumas destas leis, especialmente a 3^a e a 4^a, são altamente apreciaveis. A precedencia da *actio* sobre o *jus* ou do Direito adjectivo sobre o substantivo, é um dos factos mais interessantes e geraes da formação do Direito; a modificação e simplificação graduaes das formas processuaes é, como veremos daqui a pouco, uma importante lei da evolução juridica, — lei, alias, já assignalada por Pierre Alex, no seu interessante estudo intitulado: *Le Droit et le Positivismme*.

¹ Vid. Pietro Cogliolo: *Filosofia del Diritto Privato*.

Outro autor italiano, G. Carle, falla em uma *lei de progressiva espiritualização do Direito*, em virtude da qual a *força* se subordina á *razão*, o *certo* se faz sempre melhor interprete do *verdadeiro* e a *autoridade* procura cada vez mais o apoio da *razão*. "Por força dessa lei, diz elle, o Direito vem sempre se despindo do que tinha de material e de rude nas suas origens para fazer-se de mais em mais interprete benigno e humano dos *princípios de razão*".

Podíamos adoptar pura e simplesmente as leis ou algumas das leis propostas por Cogliolo, ou a indicada por Carle, simplificando assim a nossa tarefa e pondo remate aqui ao assumpto. Mas parece-nos que tomando ponto de vista differente do dos autores da *Filosofia del Diritto Privato*, e da *Vita del Diritto* poderemos obter, nesta materia, alguma cousa de mais simples e de mais preciso.

§

Uma vez que considerámos o Direito um organismo social *sui generis*, não é difficil attribuir-lhe um aspecto physiologico, ou antes, *anatomo-physiologico* e um aspecto *morphologico*.

E' o que julgamos necessario fazer para, mais regular encaminhamento do trabalho que temos em vista. Vamos pois, indagar separadamente, 1º, qual o modo de evolução do Direito encarado como organismo activo, dotado de energias funcçionaes; 2º, qual o modo de evolução de suas formas exteriores. Vejamos.

Nos primordios das velhas sociedades, avós da civilização, a vida collectiva ostentaria o vultuoso polymorphismo que verificamos nas sociedades de hoje?

Absolutamente não. A confusão mais completa, o syncretismo mais absoluto dominavam naquellas epochas as instituições sociaes e as relações individuaes; religião, moral, sciencia, arte e industria eram raios

de um mesmo circulo, coincidindo e sobrepondo-se uns aos outros. A autoridade que anthropomorphisava Deus ou os Deuses era a mesma que estatua sobre os costumes privados, que dava a explicação do enigma do mundo, que inspirava as creações artisticas e regulava a actividade pratica. Tudo estava como no cabos biblico: escuro e amorpho.

Abra-se o *Manava Dharma Sastra*, a collecção de leis de Manu, e ver-se-ha que os seus doze livros têm por objecto, além da criação, da vocação religiosa, das regras de abstinencia, da penitencia e expiação e da transmigração das almas, mais: o casamento, os modos de aquisição, os deveres dos juizes, as leis civis e criminaes, o direito de successão e os deveres dos agricultores, dos industriaes e dos famulos.

Quadro semelhante nos offerecem o *Zend-Avesta* de Zoroastro, os livros de Confucius, os hierogryphos egypcios, a legislação de Moysés e o livro sagrado da religião mahometana — o *Koran*. Em todos esses monumentos da mentalidade antiga ha um como sinete anagrammatico da religião, da moral e da arte, entrelaçadas ao Direito, marcando todas as manifestações da actividade social primitiva.

E' assim tambem na Grecia, em Roma e entre os antigos germanos. Na Grecia, diz Ahrens, o direito e a lei não se destacaram nunca da ethica; na theoria e na pratica o direito e a politica são considerados, notadamente por Platão e Aristoteles, como constituindo simplesmente um ramo das sciencias ethicas.

A seu turno os primeiros legisladores romanos obedeceram á fatalidade historica. O autor citado assevera que a primeira epocha do direito romano tem antes de tudo um character religioso, fundando a unidade de toda a existencia e de todas as instituições com a ligação dellas á religião. E referindo se aos germanos, escreve: entre os antigos allemães nós vamos achar uma alliança do Direito o da Religião analoga a

aquella que encontramos nos tempos primitivos do povo indiano e na velha Roma.

Todos os autores estão accordes nesse ponto, e Biagio Brugi resume a opinião dos confrades quando afirma o seguinte: “Naquellas longinquas sociedades, ás quaes queiramos remontar, o Direito, não se apresenta como um conceito distincto dos outros lados da vida social: ha sim uma homogeneidade da vida primitiva. O Direito confunde-se com o costume, com a moral e com a religião, que envolvem toda a vida do individuo, inclusive os principios juridicos.”

De tudo isto verifica-se que no estadio inicial das civilisações, o Direito nos apparece visceralmente unido, ou antes confundido com a religião, a moral e a arte, pelo menos.

Mas gradativamente e dia a dia elle se vae diferenciando, especializando, individuando; destaca-se pouco a pouco da placenta commum e arroja-se para a vida como um ser independente, automono, dispondo de vida propria. Dá-se o caso, muito conhecido pelos naturalistas, da reproducção por sisciparidade.

E essa passagem do complexo para o simples, do homogeneo para o etherogeneo, não se effectúa só a partir da massa syncretica das regras sociaes primitivas até chegar a accentuação do *canon* juridico já especializado e individualizado.

Primeiramente é o Direito que se separa da Religião, da Moral, etc.; a diferenciação é então de natureza *heteronomica*. Segue-se, porém, a isto a diferenciação *autonomica* do Direito, a evolução que, só nelle e a partir simplesmente delle, se effectúa, pela segmentação constante e crescente do respectivo organismo, sob a acção expansiva das suas energias intimas e ao influxo do condicionalismo mesologico.

E é assim que da massa primitivamente homogenea e compacta das regras juridicas sahem no correr dos tempos as modalidades diversas do Direito: distinguem-se o Privado do Publico, o adjectivo do substantivo pela separação do *jus* e da *actio* (para nos servirmos da linguagem romana); no Privado o honorario ou doutrinario do escripto, o real do pessoal; no Publico o Internacional ou externo do interno, etc...¹

Chegados a este ponto, é-nos licito induzir, e proclamar a seguinte lei de evolução juridica:

Organica e physiologicamente, o Direito evolúe patinando do syncretico para o discreto, do simples para o comporto, do homogeneo para o heterogeneo.

Confirma-se assim, neste particular, a lei fundamental da philosophia spenceriana.

Examinemos agora a desenvolução do Direito no tocante á sua morphologia.

Não ha historiographo-jurista que deixe de assignalar o complicado formalismo do primitivo Direito, em opposição á simplicidade das nossas actuaes regras de processo.

Todos os povos fornecem-nos documentos, mais ou menos abundantes, da existencia e predominio do symbolismo e das formas sacramentaes nos primordios da vida jurídica. Em Roma, sobretudo, o facto é evidentissimo.

As *Institutas* de Gaio nos iniciam no segredo das *legis actiones*, isto é, das cinco fórmas sacramentaes a que obedecia o primitivo processo romano (a *sacramentum*, a *postulatio*, a *condictio*, a *manus injectio* e a *pignoris capio*). Modificado este mechanismo pela *Lex*

¹ Vid. *Historia do Direito Nacional*, do autor; introd.

AEbutia, o regimen adoptado foi o das *formulae (ad fictionem legis actionum)* que vigorou até o tempo de Diocleciano, sendo então suplantado pelas *cognitiones extraordinarioe* — manifestação ultima do direito processual entre os romanos.

Esses tres systemas, especialmente os dois primeiros, eram eminentemente symbolicos e dramaticos, cheios de actos e palavras consagradas, de formalidades e ceremonias rigorosas, ininfringiveis sob pena de perda da demanda.

Entre os germanos o formalismo processual não teve a riqueza e a rigidez do romano; mas nem por isso deixou de existir e de impor-se por toda parte.¹ Foi em face do phenomeno de que se trata que Frederick Pollock, na sua obra *Introduction à l'étude de la science politique*, disse o seguinte: "Quanto mais remontamos ao passado mais encontramos os povos escravos do formalismo, e, como hoje diriamos, sacrificando totalmente o fundo dos negocios á forma."

Poderíamos a este juntar muitos outros testemunhos de mestres respeitados. Relembramos, porém, apenas o estadio do *simuluta pro veris* assignalado por Cogliolo, e a par delle o já citado trabalho de Pierre Alex, que explorou o assumpto com proficiencia e exgotou-o.

Resta-nos sómente formular a lei que de tudo isso resalta, e fal-o-hemos nestes termos:

Morphologica ou plasticamente, o Direito evolúe simplificando e abolindo gradualmente as ceremonias symbolicas e as formas sacramentaes primitivas.

Para nós são portanto estas, que vimos de formular, as duas grandes leis technicas e especificas da evolução juridica. Outras poderão ser enunciadas e propostas, mas só para completal-as, nunca para anuullal-as.

¹ Vid. ob. cit. do autor; introd.

Ao fazermos nossa viagem atravez da historia do Direito, havemos de achar, em cada povo e no conjunto de todos elles, a verdade dessas leis, que acabamos de constatar.

II

Os primordios do Direito objectivo nas raças inferiores.*

§

Disse H. Sumner Maine, um dos mestres desta materia, que "as idéas rudimentares do Direito são para o jurisconsulto o que as camadas primitivas da terra são para o geologo: conteem potencialmente todas as formas que o Direito tomará mais tarde.

A consequencia a tirar deste irrefutavel asserto é que o jurista-historiographo deve remontar tanto quanto possivel aos primeiros dias da humanidade para surprehender no seu surto inicial a sementeira dos instinctos juridicos.

E não basta apreciar os primeiros brôtos da arvore do Direito nas raças superiores e nos periodos francamente historicos. Ha necessidade de ir mais longe, visitando com o espirito não só os povos que por defeito organico ou influencias do meio estacaram logo na aurora da intelligencia e da cultura, como também as regiões ante-historicas onde o *homo primigenius* se confunde ainda com os mais graduados dos seus antepassados animaes.

* FONTES : D'Aguanno, *La genesi e l'evoluzione del Diritto Civile*; O. Martins, *Raças hum. e a civil. primit.*; Topinard, *L'anthropologie*; Letourneau, *La Sociologie*; Lubbock, *Les origines de la civilisation*; O. Martins, *Quadro das inst. Primit.*; Spencer, *Sociologie*; Laveleye, *De la propriété*; Letourneau, *L'évolution jurid. dans les div. races hum.*; A. Espinas, *Les sociétés animales*; Bevilaqua, *Contribuições para a historia do Direito* (Revista da Faculdade, anno I).

Por esta razão somos obrigados a tratar a materia deste capitulo de modo mais lato do que o indicado pela sua epigraphe, limitando-nos, entretanto, a indicações muito ligeiras.

Principiemos por affirmar que sendo o Direito uma fatalidade social, uma necessidade organica da vida em commum, não se lhe póde assignalar uma existencia limitada ao chamado *reino hominal* da velha philosophia metaphysica. Os primeiros lineamentos rudimentares de algumas instituições de ordem juridica podem ser encontrados entre certos animaes inferiores nos quaes o instincto de sociabilidade apparece em gráo apreciavel.

Convencido disto disse um publicista notavel: "Todos os animaes procriam, alguns chegam a amar; todos combatem, alguns sentem a gloria e o orgulho da victoria: observam-se chefes em certos bandos, veem-se reis nas colmeias; distingue-se facilmente o medo, embryão dos cultos, e quem sabe si no cerebro dos brutos se não desenham rudimentos de religião?"

Abundando no mesmo pensamento escreveu algures o nosso eminente collega Clóvis Bevilaqua: "Algumas dessas organizações associativas (as dos animaes considerados inferiores) offerecem muitos pontos de semelhança com as nossas; póde-se mesmo dizer que existe ahi um phenomeno correspondente ao direito objectivo sob a forma de costumes imperiosamente obrigatorios. E tambem não lhes poderemos negar a face subjectiva do direito, senão a idéa, ao menos o sentimento juridico, vendo-os combater denodadamente, immolar-se pela defeza de seus nucleos associativos, de seus graneis de inverno, de suas cidadelas. O direito humano tem um caracter proprio indubitavelmente: o que se affirma é que equivale e corresponde ás instituições que encontramos em estadios menos elevados da evolução do ser. Foi lá que se debuxaram os primeiros esboços do direito, como é lá que em peregrinado descensional

iremos deparar com as radículas de quasi todas as artes, e, o que é mais, de quasi todos os sentimentos humanos.”

Si quizessemos voltar á nossa these do Direito-organismo teriamos nesses dizeres mais um argumento em favor della. Devemos, porém, proseguir no desenvolvimento do nosso assumpto actual.

Assentado que o estudo da embryogenia jurídica é uma necessidade para a explanação desta materia, e que ella nos fornece o *nisus formativus* do Direito pondo em relevo os costumes e mesmo os sentimentos de certas especies animaes, dotadas de forte instincto social; temos precisão de buscar, nos grupos humanos mais visinhos da animalidade ancestral, o desdobramento dos institutos juridicos iniciaes.

Para isso é necessario que tenhamos á vista uma classificação ou divisão das raças humanas, — cousa que parece facil e que entretanto é problema dos mais complicados. Basta notar que tratando-se de raças, vem á tona immediatamente o celebre debate sobre a unidade ou pluralidade originaria das espécies humanas, — a difficilina questão do *monogenismo e polygenismo*, ou antes, do *monophyletismo e polyphyletismo*.

Força é, com tudo, dizer algumas palavras sobre esta materia, necessariamente ligada ao nosso plano de estudo.

Até principios do nosso seculo fallava-se geralmente e convictamente de *uma especie humana*, o que importava affirmar *à priori* a unidade originaria de todas as raças. A Sciencia e a Fé davam-se aos mãos nesse ponto, e a legenda de Adão tinha fóros de cidade nos dominios da philosophia. As doutrinas dos naturalistas casavam-se com a tradição biblica.

Cuvier foi o grande defensor desse estado de cousas e seu nome symbolisa o intransigente monogenismo classico, de que Quatrefages, em nossos dias, se tornou o mais eminente representante.

Agassiz, porém, rompeu com a doutrina dominante e fez-se o arauto do polygenismo, sustentando que as raças humanas nasceram separadamente em oito pontos do globo, distintos uns dos outros por uma fauna e uma flora propria.

A questão parecia insolúvel quando os modernos trabalhos de Darwin, Wallace, Haeckel e seus discipulos vieram facilitar-lhe a solução. O transformismo de Lamarck, revigorado e completado na Inglaterra e na Allemanha veio fazer arrefecer o debate, modificando os termos do problema, que segundo Topinard, são hoje os seguintes:

“Os typos humanos mais elementares aos quaes se possa remontar, os typos de alguma sorte irreductiveis, tenham elles o valor de generos ou de especies no sentido dado habitualmente a estas palavras, sahiram de varios antepassados anthropoides, pithecoides ou outros, — ou derivam de um só tronco representado por um só genero actualmente conhecido ou não? Os dados da anthropologia parecem-nos mais favoráveis á primeira opinião. As raças melhor caracterisadas, vivas ou extinctas, não formam uma série ascendente unica, comparável a uma escala ou a uma arvore, mas reduzidas á sua mais simples expressão a uma série de linhas muitas vezes paralellas.”

E com Topinard a maioria dos homens de sciencia sustenta modernamente a origem polyphyletica das raças e linguas humanas.

Mas esta conquista scientifica difficultou ainda mais o problema da taxinomia ou classificação das raças. Desde a antiga divisão de Linneu¹ até a classificação linguistica de Fr. Muller tem-se procurado resolver a questão, sem que até esta hora se chegasse a um accordo sobre a melhor das divisões propostas.

¹ *Homo sapiens, homo ferus, homo monstruosus.*

As condições geographicas, os caracteres physicos externos, as particularidades anatomicas, as aptidões moraes, as diversidades de idiomas — tudo têm sido procurado como base para as classificações das especies humanas. Deixando de parte os mais antigos, podemos citar como autores de divisões notaveis: Leibniz, Kant, Moram, Agassiz, Isidore Sant-Hilaire, Huxley e Hoeckel.

A verdade, porém, é que a mais simples e uma das mais antigas de todas as tentativas taxinomicas foi a que se enraizou mais fortemente no campo de sciencia: referimo-nos á classificação de Blumenback, resumida, ou antes, redusida por Cuvier. Distinguindo tres grandes raças humanas (a branca ou caucasica, a amarella ou mongolica e a negra ou ethiopica) tal classificação, apesar de superficial e accentuadamente monogenista, ganhou até as adhesões dos scientistas actuaes, adeptos da pluralidade originaria das especies. Para exemplo basta citar Letourneau, que adoptou-a francamente.

De todos os naturalistas modernos foi Quatrefages o que melhor desenvolveu a divisão cuvieriana. Dos tres troncos citados sahem respectivamente, os aryanos, semitas e allophylos; os mongolios e ougrianos; os negritos, melanesios, africanos e saabs (hottentotes).

Tomando por base este quadro, cumpre-nos agora indagar quaes das raças indicadas podem ser consideradas inferiores no ponto de vista do desenvolvimento physiologico e psychico.

O citado autor de *La sociologie d'après l'ethnographic* manifesta-se a respeito de modo inequivoco, dizendo:

“O typo mais inferior em geral é o typo negro. Nunca o negro, abandonado a si mesmo, sem mistura com raças superiores, soube crear uma civilização elevada. Sob esta relação o homem amarello, o mongol, é muito superior. Muito cedo os melhores representantes deste typo, os mongóes asiaticos, formaram grandes sociedades, sabiamente organisadas que, como a sociedade chinesa, rivalisam com as civilizações das raças brancas e sob certas relações podem até lhes servir de modelos. Mesmo os

mongoloides mais inferiores, os mais pobres em cerebro, os americanos, souberam, por seus typos superiores, dar outrora, no Mexico e no Peru, notaveis exemplos de progresso social."

E' cousa sabida com effeito que entre os varios grupos do typo negro é que se encontram os exemplares mais completos da inferioridade humana, quer quanto á organização physica quer quanto ao desenvolvimento psychico. Espalhado pela Oceania (*papuas e negritos*) pela Africa (*ethiopios* ou *guineanos* e *cafres*) e por alguns pontos da Asia (*weddahs* e *negros da india*) os representantes desse typo humano começam a ser inferiores pelas condições anatomicas. Todos os ethnographos e anthropologistas assignalam-lhes um craneo alongado ou dolichocéphalo (quando muito *mésaticephalo* e *sub-brachicephalo* em certas sub-raças), uma fronte estreita na base e fugidia no alto, uma notavel saliencia dos maxiliares (*prognatismo*) além de muitas outras particularidades osteologicas que se não encontram no typo amarello e sobretudo no branco.

E' claro que com uma tal estrutura e sobretudo com a conformação craneana que lhe é própria, o negro não póde possuir um cerebro desenvolvido e apto ás mais elevadas funcções desse orgão — séde da nossa vida de relação. Suas concepções, portanto, — religiosas, montes, artisticas, juridicas — hão de ser forçosamente rudimentares como o respectivo aparelho cerebral.¹

Estudemos, pois, os primordios do Direito em alguns dos grupos mais conhecidos dessa raça.

¹ Burchell quer que o boschimano esteja abaixo de todos os homens; D'Urville dá esse lugar aos australios e tasmanios, Owen aos andamans. Os weddahs de quem Davy affirma não terem nomes individuaes medem m. 1,50; as mulheres menos. Os negritos apresentam nos seus habitos evidentes reminiscencias simianas. Bowring viu em Ceram uma tribu que vivia nas arvores e notou a agilidade com que o negrito trepa e desce, suspenso pelos pés, as enxarcias dos navios. (O. Martins: *As raças humanas e a civil. primit.* vol. II).

§

Poetas e homens de sciencia estão de accordo em affimar que a *fome* e o *amor*, o instincto de conservação e o de reproducção, foram e são os dois primeiros e grandes motores do desenvolvimento humano. Delles surgiram a familia e a propriedade — dois institutos juridicos fundamentaes.

Consequentemente vejamos qual é o estado ou condição desses institutos entre alguns povos negros da Oceania e da Africa. Em seguida nos occuparemos das suas intuições e instituições de ordem repressiva ou penal.

a) *Oceania* — Os usos familiares e matrimoniaes das populações espalhadas pelas numerosas ilhas da Oceania são o que ha de mais grosseiro e rudimentar. Unindo-se sexualmente de um modo todo animal, *more canino*, o homem e a mulher não teem, em geral, outra preocupação se não a de dar pasto aos seus appetites sensuaes. Nas tribus mais atrasadas da Australia, da Tasmania e de Andaman, o que se nota como ponto do partida da sociedade conjugal é uma larga promiscuidade; celebram-se até festas destinadas a annunciar aos rapazes e raparigas chegados a certa idade que lhes é permittido entregar-se livremente ás relações sexuaes. Entre os andamans as mulheres pertencem a todos os homens da tribu, sendo para ellas um crime negarem-se a qualquer delles.

Ha entretanto, no meio disso certas uniões relativamente duradouras, determinadas pela prenhez da mulher e nascimento de um filho. Nesta hyppothese os progenitores de creança conservaram-se unidos até que o filho possa alimentar-se por si. Nisso nada toem os selvagens de superior aos chamados irracionaes, que, como se sabe, procedem do mesmo modo para com a prole.

Ao lado da promiscuidade ou hetairismo, que é, por sua natureza, endogamica, encontramos nos povos oceanianos um processo

especial de aquisição de mulheres a que os autores chamam exogamico, por se effectuar entre individuos de tribos differentes. O que caracteriza esse processo é o rapto da mulher, que ora é verdadeiro e brutal por meio de uma pancada na cabeça e arrastamento pelos cabellos, ora é simulado ou ficticio, como entre os tasmanios, segundo affirma o padre Bonwick.

Constitue essa pratica uma fórma de casamento, destinada a constituir familia regular? Pensamos com Letourneau que isso que os viajantes tem impropriamente chamado casamento é “apenas a captura de uma escrava, que sem duvida poderá servir aos prazeres amorosos do dono si elle o quizer, pois que ella é seu animal domestico, sua propriedade, um ser que elle tem o direito de bater, ferir, matar, e mesmo, segundo a necessidade, de comer.”

Em todo caso a apropriação das mulheres pelo rapto real ou ficto dá logar a um certo esboço de relações familiares, mais extensas e profundas que as das uniões livres endogamicas. Muitas vezes as duas tribus a que pertencem raptor e raptada consagram publicamente a união dos dois por meio de festas e banquetes, e até em algumas celebram-se certas ceremonias especiaes, como a de amarrar os conjuges á mesma arvore, quebrando a ambos o mesmo dente incisivo.

Por toda parte a mulher é propriedade do homem que a tomou para si e que tem o direito de tomar quantas queira, pois que a polygamia é o costume dominante. Alguns chefes de tribus, sobretudo, possuem centenas de mulheres, sendo um pequeno numero de legitimas (cujos filhos são os únicos reconhecidos) e a maioria de concubinas ou escravas, — todas ellas passíveis de quaesquer encargos e desprovidas de quaesquer direitos.

Todavia esse ente rebaixado e nullo é, debaixo de certo ponto de vista, superior ao homem e dominador da familia, podendo-se perfeitamente fallar de uma gynecocracia geral entre os povos de que nos occupamos. O facto da maternidade sendo o unico certo para determinar

a filiação e o parentesco (dada a promiscuidade e as praticas adulterinas muitas vezes impostos ás mulheres pelos proprios maridos) acontece que o matriarchado é a nota dominante nas tribus occenianas. Nas uniões exogamicas, os filhos pertencem á tribu de sua mãe e não á de seu pae, e mesmo nas endogamicas o pae e o filho não são considerados como parentes, cabendo, quasi sempre, a um tio a autoridade paterna.

Em resumo, e para encerrar esta materia, digamos com o autor de *La Sociologie d'après l'ethnographie*, o qual nos tem servido de guia na presente explanação: "Os costumes melanesios fazem-nos assistir á origem do casamento na raça. Ha a principio uma promiscuidade completa, subsistindo ainda mais ou menos largamente nos diversos grupos ethnicos; depois a raridade das mulheres e a necessidade de uma ou varias *bestas de carga* levaram a praticar tanto quanto possível o rapto exogamico, a principio com extrema violencia. Posteriormente as tribus interessadas ratificaram, depois de exame e por convenção debatida, o facto consummado. Mas sempre a polygamia foi licita; sempre a mulher foi a propriedade do dono, não podendo ser-lhe infiel senão quando elle o ordenava; não tendo jamais o direito de ser ciosa de seu marido e estando sempre exposta a todos os máos tratamentos que elle lhe quizesse infligir."

Passemos agora a observar o phenomeno da propriedade entre os oceanianos.

Como veremos no correr de nossa viagem historica, o collectivismo é o caracter dominante da propriedade primitiva. Conforme observa um autor, enquanto nos agrupamentos humanos o nexo associativo repousa sobre o principio de consanguinidade e não sobre o da contiguidade local, a familla, a *gens*, o clan, a horda, a tribu possuem moveis e immoveis em commum, podendo-se quando muito fallar no dominio individual de certos utensilios, adornos e armas. Nem entre os povos nomades, caçadores ou pastores, se póde comprehender a apropriação individual da terra.

Na Oceania, entretanto, vamos encontrar o caso singular da existencia da propriedade individual recahindo sobre a terra. O facto foi assignalado por Eyre, o autor do importante trabalho *Discoveries in Australia* e tem sido confirmado por outros ethnographos, como Letourneau, que a proposito escreve estas palavras: "é curioso achar em uma das raças mais inferiores da humanidade a propriedade individual e alienavel; isto é, tal qual existe entre os povos modernos."

Cumprе notar, porém, que é sobretudo na Australia e na Nova Caledonia que se dá o facto alludido. Em muitos outros pontos da Oceania a regra geral é o collectivismo da familia ou da tribu. Entre os tasmanianos, por exemplo, a propriedade territorial, pessoal ou individual, não existe. O que existe é o dominio venatorio da horda ou tribu, isto é, a extensão de terra necessaria para a caça, de que vive a comunidade. E essa terra é propriedade indivisa da commnnhão.

A propriedade individual australiana manifesta-se do seguinte modo: cada individuo do sexo masculino possui uma parcella determinada do territorio da tribu, e tem o direito de vender, trocar e repartir sua terra entre seus filhos.

O mesmo se dá em Nova Caledonia, onde todo homem, possui uma extensão mais ou menos consideravel de campos cultivados. Aqui o caso do individualismo domanial é menos extranhavel que o da Australia, pois os neo-caledonios são, em geral, agricultores e não caçadores.

Reduz-se a isto o que sabemos do instituto da propriedade entre os oceanianos.

b) Africa. As instituições familiares das numerosas tribus africanas são fundamentalmente semelhantes ás dos povos da Oceania. Entretanto a promiscuidade e o chamado casamento pelo rapto são, no grande continente negro, mais raros do que entre os australianos e

melanesios. Por outro lado o regimen do matriarchado apparece-nos aqui mais nitido e desenvolvido.

Nas populações da costa de Guiné, no Senegal, em Loanda, no Congo, o parentesco feminino ou de procedencia materna é a regra geral. Tambem na Africa central prevalece identico regimen, de moda a transmittir se a soberania ao filho da irmã do soberano e não ao deste. Em algumas tribus guinéanas quando a mãe é escrava os filhos são também escravos, inda que seu pae seja o chefe ou rei da tribu. Sempre obedecendo ao mesmo principio os filhos dos Kimbundas pertencem ao tio materno, que tem o direito de vendel-os. Entre os Commi o filho de um homem da tribu e de uma mulher estrangeira não é Commi; é estrangeiro como sua mãe. Os Tuaregs, por sua vez, obedecem á preocupação de que “é o ventre que tinge o filho”. A criança tuareg é apenas filho de sua mãe: nobre si a mãe é nobre, escravo si a mãe é escrava. Além disso os bens adquiridos pela familia, de character colectivo, são herdados pelo primogenito da irmã primogenita, com preterição dos proprios filhos da defunta.

Quanto ao regimen das uniões conjugaes, deparamos com usos muito variados, entre os povos da Africa negra. Já observámos que o casamento exogamico pelo rapto ou captura existe em algunos tribus, mas não é ali o mais generalizado. Com effeito, na mór parte das populações africanas a compra toma o logar do roubo, o contracto oneroso substitúe a violência na constituição da sociedade conjugal. Assim na Hottentocia os paes da mulher nubil trocam-n’a amigavelmente por uma rez, considerando o casamento como um acto puramente commercial, resoluvél á vontade e desprovido de qualquer sancção. Os cafres compram suas esposas nos paes desde que ellas sahem da primeira infancia. Entre os Timanis e Mandingas a mulher não é consultada nunca para o casamento; os pretendentes as compram aos paes, fazendo o pagamento em especiarias diversas. As hordas do Gabão vendem as filhas desde a idade de tres ou quatro annos e os compradores fazem-se seus maridos ao completarem ellas doze ou treze annos — epocha normal da nubilidadade feminina entre as populações africanas.

A polygamia é por toda parte admittida como na Oceania, e do mesmo modo que ali a mulher é sempre propriedade do marido, que póde usar da pessoa e serviços della segundo os seus caprichos, tendo o direito de punir o seu adulterio com a mutilação de um membro ou com a morte. Em certas tribus o divorcio é permittido quer á mulher quer ao marido, mediante compensações ajustadas.

São estas as principaes instituições africanas, em materia de familia e casamento. Vejamos as condições da propriedade.

Ao contrario do que vimos na Australia, vamos ver na Africa a propriedade territorial indivisa e collectiva. Quanto á movel, aqui, como ali, ha o communismo e o individualismo — este para os objectos de mero uso pessoal.

Os cafres, já agricultores, aliás, attribuem á tribu o dominio do territorio aravel, e uma vez destribuido este entre os membros da comunidade pelo chefe, cada porção de solo distribuida passa a ser propriedade collectiva da familia que a adqueriu. Entre os Yollofs, o rei ou chefe, assistido de um conselho de anciões, reparte annualmente pelas familias os lotes de terras a cultivar.

Ha entretanto regiões da Africa equatorial em que parece não haver idéa de uma propriedade territorial, seja collectiva seja individual. São as habitadas por certas tribus muito pouco sedentarias que constroem uma aldeia hoje para queimal-a amanhã, si uma doença qualquer produz uma baixa entre os seus. Para taes tribus a propriedade ou riqueza commum consiste principalmente na posse do maior numero de mulheres e escravos.

Como se vê, não é possivel encontrar entre os negros da Africa uma concepção precisa do dominio, como facto juridico. Podemos affirmar talvez que o unico direito de propriedade de que elles tem idéa é o do marido sobre a mulher, proveniente da compra desta. Debaixo deste

ponto de vista os negros australianos e neo-caledonios levam vantagem aos da Africa. Entretanto estes são superiores a aquelles no que diz respeito ao desenvolvimento das instituições familiaes e sobretudo no regimen do casamento, que deixa de ser um producto da força para tornar-se um contracto de compra e venda.

c) Institutos penaes oceano-africanos.

Por mais atrazados que sejam os differentes povos da raça negra, força é convir que os principaes delles chegaram não só a esboçar a familia e a propriedade, como a conceber e realisar algumas instituições do que nós chamamos direito publico. A existencia entre elles de chefes ou reis e de assembléas e conselhos das tribus encarregado de dirigir ou de julgar, segundo os usos ou costumes dominantes, não deixa duvida a esse respeito.

Assim, anteriormente a essa phase é provavel que a vingança individual fosse a regra em materia de penalidade; mas nós já encontramos regularmentada essa vingança, que foi transferida do homem para a tribu, fazendo-se gradualmente collectiva.

Entre os australianos, por exemplo, assignalam os ethnographos a existencia, em cada horda, de um conselho (*tendi*) que funciona como tribunal de justiça e cujas decisões são definitivas e obrigatorias. E' esse tribunal, composto dos mais velhos da tribu, que toma conhecimento das transgressões dos usos consagrados e decreta as penalidades respectivas.

O furto, o roubo, as lesões corporaes, o assassinato são os actos geralmente considerados como criminosos. Também o adulterio o é, mas não como figura criminal distincta; sim como um furto ou roubo de natureza especial.

Para taes crimes, com excepção do homicidio, as penas são, em regra, as bastonadas, os golpes de lança, os tiros de flecha, applicados

segundo o principio do talião, isto é, produzindo no réo, tanto quanto possivel, o mal feito ao offendido. Algumas vezes é por meio de duellos entre offensores e victimas que se effectúa a penalidade. Termina o duello desde que o offensor é ferido.

Onde o talião se torna completo é no caso de penalidade por homicidio. Quer o assassino pertença ao clan, quer seja de tribu differente, a morte é punida com a morte. Mas a pena não tem um character pessoal; o verdadeiro criminoso raras vezes paga per si o crime coummettido. E' seu irmão mais velho, seu pae ou um seu parente proximo, do sexo masculino, quem tem de ser victimido pela sentença do *tendi*; só na falta de qualquer delles recahe a pena sobre o verdadeiro homicida. Si se trata de um assassinato por individuo de outra tribu, os membros da do morto decretam o talião contra todo o clan do assassino e são todos solidarios na execução. Conforme a jerarchia do assassinado, maior ou menor numero de victimas estrangeiras tem de ser sacrificado.

Explicam-se estes factos pela natureza especial dos agrupamentos tribaes, onde o individuo desaparece na collectividade, onde a noção de personalidade não está ainda nitidamente formulada.

Na Africa as regras ou antes os costumes penaes differençam-se, embora não fundamentalmente, dos da Australia. Vimos que a *vendetta* primitiva, exercida por meio do desforço pessoal, já não apparece entre os australianos; entre os africanos, porém, ella coexiste ainda com a regulamentação instituida pelos chefes. Em compensação encontramos na Africa um progresso sobre o talião australiano; em algumas tribus e em certos casos admite-se como substitutivo da pena a *composição*, ou compensação em valores.

O quadro da criminalidade entre os africanos, é um pouco mais lato que o de seus irmãos da Oceania. Entretanto as principaes figuras de crimes são as que ali notámos e mais a *feitiçaria*. O roubo e o adulterio,

sobretudo, são as mais notáveis, por isso que são as mais terrivelmente punidas. Digamos desde já que a punição, quando não é um resultado da vingança pessoal e directa, é imposta pelos reis ou chefes de tribus, que, segundo seu arbitrio, ouvem ou não um Conselho de velhos. Compreende-se isto, uma vez que as tribus africanas são, em geral, monarchicas.

O roubo acarreta a pena de morte, mesmo quando seja de um objecto de pequeno valor. E' assim no Congo e é também assim entre os *Vuazaramos* da Africa Oriental, que decapitam o criminoso e expõem-lhe a cabeça na entrada do aldeamento. Note-se, porém, que o furto ou roubo só é considerado crime quando é praticado dentro da tribu e recahe sobre objectos della. A rapinagem e esbulho dos estrangeiros e especialmente dos brancos não só ficam impunes, como são até protegidos por um fetiche especial — o *fetiche do roubo*, muito venerado no Congo.

A punição do adulterio — outra modalidade do roubo como na Oceania — é realizada implacavel e ferozmente, quando o crime é commettido com uma mulher de alta jerarchia. E' o que se dá principalmente no Gabão e no Congo onde os criminosos são quasi sempre mortos violentamente. Algumas tribos como em Fernando Pó, sem distinguir mesmo a condição das mulheres, cortam os punhos aos culpados e os abandonam fora e longe da aldeia. Em certos casos, entretanto, a pena do adulterio é simplesmente uma compensação ou indemnisação em objectos de uso ou commercio. Entre os povos da Costa Oriental, por exemplo, a pena para o homem culpado é esta: pagamento de cinco escravos ao marido lesado, si este é um chefe; de um só escravo si o marido é de baixa condição.

O crime de feitiçaria é tambem punido rigorosamente, e com a morte na mór parte dos casos. Por isso mesmo que são fetichistas, os africanos acreditam que certos individuos são outros tantos espiritos malfazejos, causadores de doenças e de mortes. Os individuos tidos como taes são quasi sempre condemnados a morrer na fogueira.

Para o homicidio, entretanto, as penas são relativamente nullas, por isso que se reduzem ao *preço do sangue*, indemnização ou composição, maior ou menor conforme a qualidade da victima, e consistente as mais das vezes na entrega aos parentes do offendido de uma certa porção de gado, como carneiros, cabras, etc.

Accrescentemos apenas ao que ahi fica que é corrente nas tribus da Africa o uso das *ordalias*, como melo de prova nos casos crimes. O veneno, o fogo, a agua fervente e outros instrumentos de tortura são applicados aos accusados para se lhes reconhecer a criminalidade ou a innocencia. E' escusado dizer que com taes expedientes processuaes raro é o innocente que deixa de ser condemnado. Isto, porém, não póde ser censurado aos pobres negros inferiores, porque os mesmos expedientes iremos encontrar na idade-média entre os indo-europeus, de pelle branca e cerebro largo.

III

As grandes monarchias antigas da raça amarella.

Institutos juridicos da China, Peru' e Mexico.*

§

Em uma admiravel licção de historia, dada na Escola Polytechnica de Bordeaux, no anno de 1871, (licção que infelizmente foi unica) o grande espirito que se chamou Emile Littré, apresentou a seus discipulos um programma completo do curso que se propunha a fazer, e nesse programma inseriu a seguinte nota: "Como entre o homem prehistorico e os egypcios, cuja civilização apparece toda formada, uma

* FONTES: - E. Littré, *La science au point de vue philosophique*; Trajano de Moura: *Do Homem americano*; De Nadaillac: *L'Amerique préhistorique*; Th. Braga: *Historia Universal*; P. Laffitte: *Considerations générales sur l'ensemble de la civilisation chinoise*; A. Ott.: *L'Inde et la Chine*; Ahrens: *Encyclopédie juridique*; Letourneau: *La Sociologie e L'évolution jurid. dans les div. rac. hum.*; Sylvio Romero: *Ethnographia brasileira*.

lacuna existe, eu intercalo uma civilização intermediaria, cujo typo tomo entre os Mexicanos e Peruvianos”.

Esta observação do eminente escriptor francez aponta-nos o limiar que devemos transpor para penetrar no gigantesco edificio das antigas civilizações do oriente, fundadas sobre o empirismo e artes industriaes.

Realmente, depois dos negros inferiores que anteriormente estudámos, a própria classificação das raças proclamada por Blumenbach, Cuvier e Quatrefages, nos obrigava a descansar um pouco no segundo degráo da escadaria que vae dos inicios das sociedades ao seu mais brilhante apogeu. O tronco amarello da humanidade, de craneo brachicephalo e de cerebro proporcionalmente desenvolvido, não podia deixar de prender-nos a attenção, como o elo necessario entre a selvageria primitiva e as elevadas civilizações do oriente asiatico-africano e do occidente europeu.

Já deixámos dito, n’uma citação de Letourneau, que não só os mongóes asiaticos como os chamados mongoloides americanos, deram ao mundo documentos notaveis do seu valor social com as civilizações chinesa, peruviana e mexicana.

E’ agora occasião de apreciar taes civilizações, no ponto de vista juridico.

A notação feita por Littré no seu programma de historia parece que nos deveria conduzir a separar de qualquer outro grupo humano os dois curiosos typos das antigas populações americanas, que são comummente representadas pelos qquichúas e Aztecs. Certas razões, porém, nos assistem para encorporar a este capitulo o estudo da velha civilização chinesa, ligando assim por um laço meramente logico as tres grandes monarchias antigas da raça amarella. Dizemos *por um laço meramente logico* para significar desde já que não é nossa intenção nem

está em nossas idéas dar como cousa provada a origem asiatica dos povos americanos, estabelecendo um cordão umbilical de natureza ethnica entre os chinezes, incas e aztecs.

Sabemos que tal opinião é valentemente defendida por scientistas e sabios da maior competencia e que só o nome de um delles, Humboldt, é capaz de impor adhesões á primeira vista. Mas a verdade é que a hypothese das successivas e diversas migrações de povos do velho para o novo mundo em epochas ante-historicas é ainda *lis sub judice*, e parece mesmo ir perdendo terreno deante da idéa do antochtonismo das raças americanas, idéa que mais se coaduna com a doutrina polyphyletica, vencedora hoje nos dominios da ethnogenia.

Uma bella affirmação do que dizemos é o notavel trabalho do nosso illustre patricio Dr. Trajano de Moura sobre o *Homem americano*; trabalho que levou seu autor ás conclusões seguintes:

“Deslocamentos de povos asiaticos para a America poderiam se ter realisado na epocha quaternaria, si já então a fauna e a flora deste continente não apresentassem caracteres peculiares, inteiramente independentes, e si por tal facto não ficasse plenamente refutada a hypothese da chamada *ponte aleutica* e do celebre continente da Atlantide, que só existiu na imaginação de Platão.” — “Contactos casuaes tiveram logar, como está provado, entre os habitantes do Novo e do Velho Mundo nos tempos pre-colombianos, mas não foram sufficientes para produzir uma modificação duradoura nos caracteres geraes do homem americano.” — “O pretendido typo mongolo-americano só existe nas regiões hyperboreas da Asia, America e Europa, onde ainda hoje é patente e franca a mescla de seus habitantes.” — “Os povos americanos, pelo conjunto de caracteres physicos e moraes, podiam ser considerados, ao tempo da descoberta, como variedades multiplas, constituídas no espaço e no tempo, de uma mesma especie indigena — *Homo americanus*.”

Vão neste rumo as nossas sympathias theoricas; porém não nos é licito considerar absolutamente inanes muitas das ai allegações produzidas em favor da these contraria.

Reduzindo a questão do asiatismo dos americanos ao quadro do nosso trabalho, mencionaremos alguns dos factos que a varios autores serviram para levantar a hypothese de estreito parentesco entre chinezes e americanos do Perú e Mexico.

O principal dos referidos factos é a tradição chinesa relativa ao paiz de *Fu-sang*, situado a leste do mar oriental. (*Le pays connu des anciens chinois sous le nom de Fu-Sang*, por D' Hervey de Saint Denis). A esse mysterioso paiz se refere também a obra de Ch. Levand: *Fusang or the discovery of America by chinese buddhist priests in the fifth century*. Como se vê deste expressivo titulo o autor presume que no seculo V padres budhistas chinezes estiveram em um ponto qualquer do nosso continente. A autoridade de De Guignes veio dar força a essa hypotese pela affirmação que fez, de que o paiz de Fu-sang era de facto a America.

Por outro lado descobertas archeologicas vieram fortificar as presumpções ds asiattistas: nas ruinas de Chimu e Chinca-Alta foram encontrados idolos de typo equal aos do Celeste Imperio. Accresce ainda que alguns autores fizeram insistentemente notar a extraordinaria semelhança existente entre as raças mongolicas e os habitantes do noroeste da America¹.

Por ultimo, o Visconde de Nadaillac resumiu deste modo o ponto em questão:

"De Guignes attribue á immigrações chinezas a civilisação dos peruvianos. As curiosas analogias que se notam nos costumes, nos regulamentos minuciosos que attingem a todos as acções exteriores do homem, o patronato concedido á agricultura, a festa annual celebrada em honra dos agricultores pelo inca do Peru e o imperador da China, o systema de irrigações, o pagamento dos impostos em especies, o uso dos *quipos*, a construção das pontes suspensas com cordas, a semelhança de certos detalhes de architectura, a das barcas peruvianas com os juncos chinezes, são todas de natureza a justificar esta hypothese."

¹ A semelhança é tal, diz um autor inglez, que sem o seu rabicho e habitos differentes, seria difficil distinguir os chinezes dos indios.

Chegados a este ponto não é demais observar que o eminente historiador e philosopho Theophilo Braga expressamente ligou os mexicanos aos chinezes, considerando-os como ramos da mesma arvore ethnica – a raça turaniana. Segundo a classificação perfilhada pelo notavel autor portuguez, as raças historicas distribuem-se em tres grandes grupos: o *turaniano* (cruzamento do typo branco com o amarello) o *kuschito-semita* (cruzamento do branco com o negro) e o *áríco* (branco extreme de crusamento).

E' verdade que esta classificação tem sido rudemente combatida, sobretudo nas suas subdivisões e detalhes ethnographicos. E entre os adversarios do *turanismo* asiatico-americano está o nosso grande critico Sylvio Roméro. Nada importa, porém, isso ao nosso proposito, que é simplesmente assignalar a existencia de valiosas opiniões em favor da identidade de caracteres ethnicos e sociaes entre chinezes e americanos do Mexico e Perú.

Consignado isto voltamos a affirmar que si ligamos neste capitulo as tres grandes monarchias antigas da raça amarella, fazemol-o por outras razões que não as de Th. Braga, Humboldt, De Guignes, Nadaillac, etc.

Fazemol-o porque, no nosso ponto de vista todo sociologico, chegámos a verificação de que o conjuncto das concepções religiosas e politicas dos qqnichúas e aztecs corresponde nos seus pontos capitaes ao conjuncto das mesmas concepções entre os chinezes. E' assim que vemos qualquer desses povos no mesmo estadío da evolução religiosa; a astrolatria, a phase ultima, do fetichismo inicial, é que domina em todos elles, um tanto modificada já por um grosseiro esboço de polytheismo: o imperador *filho do Céu* e o inca *filho do sol* obedecem á mesma preoeeupação astrolatrica. Quanto aos mexicanos, basta citar estas palavras de um americanista notavel: "tudo prova que o polytheismo existia entre elles, e *mesmo um polytheismo muito inferior como*

concepção a aquella que a historia nos mostra entre os egypcios e os gregos." Si consideramos as respectivas organizações politico-sociaes, ainda chinezes, peruanos e mexicanos nos apparecem ligados logicamente por um mesmo vinculo institucional, como veremos daqui a pouco.

Accresce que as duas nações americanas não passaram o limite que separa o regimen das classes sociaes mais ou menos hierarchisadas do systema das castas. Outrotanto aconteceu na China, conforme nos diz A. Ott. E digamos de passagem, que por este motivo é que não podemos chamar theocraticas, no rigor do termo, as constituições dos povos de que se trata; pois segunda a lucida observação de Laffitte "o que caracteriza a theocracia, cuja base é necessariamente polytheica, é o regimen das castas e a coordenação das diversas castas entre si pela preponderancia da casta sacerdotal." Não quer isto dizer, porém, que as instituições dos chinezes, peruvianos o mexicanos não fossem profundamente theologicas. Bem ao contrario, é essa a respectiva caracteristica fundamental.

Expostas a largos traços estas idéas introductorias, apressemo-nos a tratar propriamente do nosso assumpto.

§

China. — Este immenso paiz da extrema oriental do velho continente offerece aos olhos curiosos dos occidentaes o espectaculo de uma nação de cerca de quatrocentos milhões de individuos, a qual dois mil annos antes da era christã já possuia a original organização politico-social que ainda hoje apresenta.

Tracejemos em primeiro logar o seu direito publico; veremos depois suas instituições de direito privado.

A constituição politica da China é a de uma monarchia absoluta e hereditaria calcada sobre o typo domestico do patrio poder,

cujo chefe é *filho* do céu sendo ao mesmo tempo *pae* e *mãe* de todos os chinezes. A suprema autoridade paternal, concentrada nas mãos do imperador, dirige e regula todos os interesses publicos e privados por intermedio de uma extensissima rede de funcionarios, sahidos da classe dos letrados. Governando em virtude de um mandato do céu, o imperador tem a responsabilidade de tudo, até mesmo das perturbações climatericas. A uma tal responsabilidade é natural que corresponda um poder immenso.

Segundo Laffitte, as duas forças que presidiram ao desenvolvimento gradual da civilização chinesa foram: 1ª uma familia imperial representada por um individuo unico, que é o seu chefe, 2ª uma classe particular, a dos letrados, que não attingiu a sua verdadeira constituição senão depois de Confucio, mas cujos fundamentos existiam desde muito antes.

Esta classe, unica dirigente ou governante ao lado do imperador, não constitue entretanto uma aristocracia hereditaria. Ella é recrutada em todas as classes da população por meio de exames diversos que conferem titulos analogos aos de bacharel, licenciado e doutor. A esses exames póde concorrer qualquer individuo que queira habilitar-se ao *mandarinato*¹ ou funcionalismo publico.

Os órgãos da administração superior do Estado são, além do imperador, um *conselho privado* e seis ministerios que se subdividem em uma infinidade de repartições secundarias. Um importante e curiosissimo documento attribuido a Tcheú-kong, irmão do fundador da dynastia dos *Tcheús*, nos fornece indicações interessantes e completas sobre o mecanismo do direito publico chinês, que, aliás nenhuma alteração notavel tem soffrido até hoje. Esse documento é o *Tcheú-li* (ritos de

¹ Convem observar que as palavras *mandarim*, *mandarinato*, não são de origem chinesa, e sim portuguesa.

tcheú) — especie de almanack administrativo do imperio chinez, na epocha em que foi escripto (seculo XI antes da era christã.)

Segundo o *Tcheú-li*, á testa da administração está um primeiro ministro, o *ministro do céu*, que é quem centralisa toda a acção administrativa e tem sob suas ordens cinco outros ministerios: o da *terra* ou do ensino, o da *primavera* ou dos ritos, o do *verão* ou da guerra, o do *outomno* ou da justiça e o do *inverno* ou dos trabalhos publicos.

Não ha na organização politica da China vestigios de intervenção directa ou indirecta do povo na gestão das cousas publicas. A lei ou está feita nos livros de Confucio ou fal-a o imperador segundo o seu critério. Todavia vê-se pelo *Tcheú-li* que em tres casos a multidão era consultada em assembléa geral: quando o imperio estava em perigo; quando se tratava de mudar de capital ou se transportava a população de um territorio para outro por insufficiencia das condições de subsistencia; emfim, quando vagava o throno e era preciso eleger um principe. Acrescenta o *Tcheú-li* que tambem se consultava o povo em caso de condemnação capital e só se executavam os criminosos quando a multidão não pedia que elles fossem perdoados.

O poder judiciario não tem existencia independente da do executivo, entre os chinezes. O *ministro do outomno* é o grande juiz criminal, que por si ou por seus agentes julga definitivamente no civil e no crime. Os processos criminaes que podem dar logar á pena de morte são instruidos pelos *prebostes de justiça* mas julgados pelos ministros á porta exterior do palacio. Quanto ás questões civeis, as partes comparecem á audiencia com um feixe de flechas, emblema da rectidão de suas intenções ou dão trinta libras de ouro para demonstrar sua sinceridade. Os pobres ficam com o recurso de tocar um grande tambor collocado á porta do palacio e destinado a chamar a atenção do *filho do Céu* sobre os infelizes.

Notemos, por fim, que a successão imperial não está sujeita ao direito de primogenitura, podendo o imperador escolher qualquer de seus filhos para succeder-lhe, e teremos, nas suas linhas geraes, o direito publico chinéz.

A principal instituição de direito privado, a familia, é altamente considerada no Celeste Imperio. Foi pelo seu typo patriarchal que se modelou o Estado e é ella quem fornece aos chinezes uma das mais importantes modalidades de sua religiosidade fetichista — o culto dos antepassados e respectivos ritos funerarios. Subordinação e respeito ao pae e irmãos mais velhos, veneração á mãe e aos antepassados, são os característicos da familia chinesa, cujo typo geral, entretanto, não é o monogamico, pois a lei, embora só reconhecendo uma mulher legitima, permite e sanciona um concubinato regular. Comtudo a polygamia só predomina entre as classes elevadas e ricas da sociedade, a partir do imperador.

E' quasi excusado accentuar a importancia do patrio poder nas relações da familia chinesa: o pae tem autoridade absoluta sobre os filhos podendo vendel-os e castigal-os até o ponto de tirar-lhes a vida. Os filhos porém, succedem á *intestado*, por quanto o direito de successão é baseado sobre a manutenção da unidade das familias. Quanto ao casamento é elle geralmente contrahido sob á forma de compra da esposa, sendo o celibato prohibido quer para o homem quer para a mulher. Eis, segundo A. Ott., o que ensina o *Tcheú-li* a esse respeito: Um official dos casamentos registra as uniões conjugaes e providencia para que toda mulher seja casada aos vinte annos e todo o homem se case o mais tardar aos trinta annos de idade. Na lua do meio da primavera é ordenada uma reunião geral de homens e mulheres. Aquelles que não se conformam aos editos sem uma causa especial são punidos pelo dito official dos casamentos, que é quem os effectúa e quem julga todos os casos de relações secretas entre homem e mulher.

A legislação, ou melhor o costume, permite o divorcio por consentimento mutuo; além disso o marido pode repudiar a mulher por diversos motivos, como sejam: esterilidade, immoralidade, inclinação ao furto, maledicencia, etc.

A propriedade individual, movel e immovel, existe na China e é protegida por varias disposições de lei. O dominio territorial propriamente dito soffreu diversas modificações no curso da historia. Citaremos a este proposito, as seguintes palavras de Ahrens, que synthetisam sufficientemente a materia: "Anteriormente ao meiado do terceiro seculo A. C. o imperador era o unico dono do solo e a propriedade territorial era repartida por elle entre os particulares, de modo que sobre uma extensão de terreno determinada, nove decimas partes fossem cultivadas em proveito do doado e a outra em proveito do doador. Mais tarde as provincias foram dadas pelo imperador aos seus logares-tenentes segundo a maneira feudal, e finalmente a maior parte do solo foi cedida aos particulares, a titulo de propriedade privada alienavel e hereditaria, mediante o pagamento de dizimos e a prestação de serviços feudaes."

Resta-nos fallar das instituições chinezas em materia criminal e penal. A este assumpto consagrou Letourneau dois grandes capitulos de sua obra *L'evolution juridique dans les diverses races humaines*. E' claro que não podemos condensar em alguns periodos a larga exposição do sociologo francez, nem isso é preciso a nosso ver. Além do que deixamos dito sobre a organização judiciaria da China, consignaremos apenas o seguinte:

O *Tcheú-li* informa-nos que os crimes dos chinezes são punidos com a prisão temporaria, com a condemnação a trabalhos ignominiosos, com a escravisação e ainda com estas outras penas: a marca negra no rosto, a amputação do nariz, a reclusão no palacio (castração), a amputação dos pés e a execução capital. Podiam ser accrescentadas a essa enumeração outras penas ainda hoje em uso; mas

nos limitaremos a citar a bastonada de bambú, pois no dizer incisivo de Letourneau “o bambú bastonante é a característica da penalidade chinesa.”

Ha casos, porém, em que qualquer d’essas penas é substituida por uma composição pecuniaria, porquanto, como ainda observa Letourneau o resgate penal existe na China desde a mais alta antiguidade, e o *Chouking* (um dos mais antigos livros sagrados) estabelece que a marca negra na face pode ser resgatada por 100 *hoan*, a amputação do nariz por 200, a dos pés e a castração por 500 e a pena capital por 1.000.

Além do homicidio, das offensas physicas em geral, do adulterio, do rapto, do incendio e do furto, a legislação chinesa classifica como crimes, e dos mais graves: a rebelião, a deslealdade, a deserção, o parricidio, o massacre, o sacrilegio, a discordia, a impiedade, a insubordinação e o incesto. O homicidio, em regra acarreta a pena de morte, e si se trata de parricidio o autor d’elle e seus cumplices são condemnados á morte lenta e dolorosa.

Vê-se ahi uma revivescencia do talião e da vingança. Terminaremos notando que a justiça chinesa tem mais em vista a importancia do prejuizo causado pelo facto delictuoso do que a intenção ou gráo de perversidade do delinquente. E’ assim que os homicidios casuaes, fortuitos, ou por erro, são punidos pela estrangulação, e que o incendio, mesmo quando accidental, determina a pena de bastonadas.

Perú e Mexico. — Na epocha da conquista hespanhola, o imperio dos incas ou a velha nação peruviana, tinha cerca de 3000 leguas de extensão e 400 de largura, comprehendendo nos seus limites o Perú, a Bolivia, o Equador, e uma parte do Chili e da Republica Argentina actuaes. Tinha cerca de dez milhões de habitantes e as raças predominantes eram as dos qquichús e aymáras que pelos costumes e linguagem se tinham quasi identificado, vivendo aliás os aymáras no plató dos Andes e os

qquichúas nos arredores de Cuzco — a capital do imperio. A tradição narra, diz Nadaillac, que Manco-Capac e a bella Mama-Oello, sua irmã e mulher, fizeram conhecer os primeiros elementos da civilização a tribus até então selvagens e barbaras, e que á sua voz taes tribus quebraram seus idolos para adorar um deus do qual o sol e a lua eram a forma visivel. Segundo o mesmo autor e de accordo com a legenda, Manco-Capac e Oello sahiram da ilha de Titicaca, por ordem do Sol, levando um ramo de ouro que n'um certo ponto devia interrar-se no solo. Foi em Cuzco que o prodigio se operou e os incas, cheios de reconhecimento, estabeleceram alli a séde do seu imperio. De Manco-Capac a Atahualpa (1062 a 1534) qnatorze incas reinaram no antigo Perú, fundando e dirigindo uma das mais originaes e brilhantes civilisações da terra.

Já sabemos que do mesmo modo que na China, a phase astrolatrica do fetichismo era a que dominava entre os qqnichúas, em materia de religião e culto. E' preciso agora indagar qual a sua organização politica e juridica. Vamos fazel-o, reproduzindo as indicações do autor da *America pre-historica*, que tambem quanto ao Mexico nos servirá de guia.

O systema de governo era a monarchia absoluta e despotica fundada sobre o respeito religioso devido ao descendente do Sol. (Como na China, onde o Imperador é filho do Céu). Uma hierarchia administrativa sabiamente combinada levava dos simples decuriões (chefes de decurias e conjunctos de decurias) aos *curacas* ou governadores de provincias, munidos de poderes extensos e hereditarios. (Também entre os chinezes, segundo o *Tcheú-li*, cinco familias formam um grupo; cinco grupos formam uma secção; quatro secções fazem uma communa; cinco communas um cantão, etc.).

Os qquichúas não conheciam poder legislativo e judiciario que não fosse a vontade do inca. Em direito privado, o casamento era obrigatorio (tal qual entre os chinezes). Em um dia fixo de cada anno os

rapazes de vinte e quatro annos e as raparigas de dezoito eram reunidos na praça publica e os representantes do inca juntavam as mãos de cada par, proclamando sua união perante o povo. (Os chinezes, como vimos, praticam do mesmo modo, na lua do meio da primavera). Essa união ao ar livre, independentemente da vontade dos esposos, era a única forma de casamento.

Nos termos da legislação ou direito consuetudinario dos peruvianos nenhum homem podia possuir mais de uma mulher legitima; todavia esta regra não attingia os *curacas* ou governadores e o soberano, os quaes podiam praticar a polygamia, tendo um numero illimitado de mulheres. (Ainda aqui a analogia com a China é evidente).

O instituto da propriedade entre os primitivos peruanos não chegou á phase do individualismo pelo menos quanto ao dominio immovel e territorial. Nem podia ter chegado, uma vez que o regimen economico alli dominante era o de um *socialismo de Estado* rudimentar e grosseiro. As terras dividiam-se em terras da communhão e terras do sol ou do inca. As primeiras eram repartidas pelos individuos e familias por determinação dos decuriões e só durante um anno ficavam no poder dos seus cultivadores. Toda vez que se dava um casamento n'uma decuria, esta era obrigada a fazer construir uma casa para o novo casal e a conceder-lhe um tracto de terra sufficiente para a sua manutenção. Ao nascimento de cada filho a doação era augmentada de *fanega* por cada menino o de meio *fanega* por cada menina. (O *fanega* era a area correspondente ao sementeamento de cem libras de milho).

A criminalidade e penalidade no imperio dos incas eram mais ou menos semelhantes ás dos chinezes. Homicidios, adulterios, blasphemias contra o sol ou contra o inca, sodomia, incestos — tudo isso era punido com a pena capital. O sodomita era esquartejado; o incestuoso enforcado. O decurião que não denunciava os crimes commettidos em sua decuria era passivel da mesma pena que o culpado. Como as vestaes de

Roma, as Virgens do Sol, que mentiam a seus votos, eram enterradas vivas. Os outros crimes menos graves eram punidos com a prisão e a instigação.

Passemos ao Mexico antigo, cuja civilisação foi talvez mais original do que a peruviana.

Os trabalhos dos archeologos e ethnologistas tem quasi demonstrado que alguns seculos antes da era christã a America central era uma região onde varios e grandes focos sociaes projectavam a luz da sua civilisação. O Yucatan, Honduras, Guatemala, Nicaragua, o Mexico, ainda hoje ostentam as ruinas de antigas cidades e monumentos, devidos ao engenho, e esforço de povos que a historia conhece pelas denominações de Olmecs, Toltecs, Miztecs, Zapotecs, Chichimecs, e Aztecs — todos, ao que parece, descendentes do tronco Nahuatl. Uma dessas populações, a dos aztecs, fundou provavelmente em principios do seculo XIV, a cidade de Tenochtitlan ou Mexico, cujos primeiros edificios foram algumas miseraveis cabanas feitas de madeira ou de barro. Dizer como desse estadio inferior chegaram os mexicanos á civilisação que os hespanhóes vieram encontrar no seculo XVI é difficilimo; a verdade, porém, é que elles progrediram original e rapidamente.

Dissemos atraz que os aztecs tinham uma religião polytheista muito visinha do fetichismo. Isto demonstra que os primitivos habitantes do Mexico tinham evoluído um pouco mais que os seus irmãos do Peru. Vejamos a sua organização politica.

Segundo os melhores interpretes das velhas instituições americanas, os aztecs, do mesmo modo que os outros Nahuáas, não constituíam um Estado compacto e centralizado; estavam organizados em uma confederação de tribos, compostas de clans ou *calpulli*, as quaes reconheciam como chefe supremo um rei ou monarcha originariamente eleito e cujos successores hereditarios e legaes deviam ser confirmados

pelo voto popular. Na tribo como nos *calpulli* nenhum cargo ou dignidade era hereditario; era a eleição que os dava, com excepção do titulo de *Tecuhtli* que era conferido por notavel merecimento militar ou politico. A organização politica do Mexico era, pois, sensivelmente differente das da China e Perú. Entretanto as instituições sociaes eram extraordinariamente parecidas.

A familia aztecs apresenta-nos o regimen do matriarchado como dominante nas relações de paes a filhos. O parentesco pelo lado paterno só muito tarde começou a ser reconhecido no Mexico. Apesar disso a condição das mulheres era baixa e dolorosa: como nas sociedades inferiores ellas eram consideradas propriedade dos maridos, embora se lhes concedesse o direito de pedir o divorcio e de realisar-o dada a aprovação do *calpulli*.

O casamento existia e era obrigatorio (a semelhança da China e Perú). Aos 20 annos todo homem era obrigado a casar-se, exceptuando-se apenas desta regra os que se dedicavam ao serviço do culto e faziam por isso voto de castidade. A monogamia era a regra da sociedade conjugal, mas a polygamia era tolerada e largamente praticada como entre os chinezes e peruvianos. Não encontramos, porém, entre os mexicanos vestigios apreciaveis de patrio poder e de direito successoral. Quanto ao primeiro é facil de explicar-se a ausencia pela predominancia do matriarcado; quanto ao segundo parece-nos que oppoz-se ao seu apparecimento a organização communista dos *calpulli*. Realmente os *calpulli* (nucleos de familias unidos pelos laços de um territorio commum e de ritos religiosos e linguagem tambem communs, sob a direcção de um chefe eleito) são a instituição capital das velhas tribus aztecs. Eram elles que se encarregavam da educação das crianças e que possuíam indivisamente as terras (*calpulalli*) as quaes não podiam ser alienadas. O sólo era repartido em epochas fixas pelos homens do *calpulli* com a condição de as cultivarem. Certas terias (*tlamilli*) eram reservadas aos chefes, mas reentravam no dominio publico cessadas as fracções dos seus

donatarios. Algumas outras, emfim, eram separadas e cultivadas para o pagamento do tributo devido ao rei do Mexico.

A ausencia entre os aztecs de lei escripta estabelecendo crimes e applicando penas não impedia que a justiça penal se realisasse, e com o maior rigor. O homicidio, o roubo, o adulterio, o estupro, o incesto, a sodomia, a calumnia, a embriaguez, eram especies criminaes muito conhecidas dos mexicanos, e punidas na mór parte com a pena capital. Assim o homicida era morto ou reduzido á escravidão perpetua; o incestuoso era enforcado, o estuprador empalado, o sodomita queimado, a mulher adúltera esquartejada. O autor de um roubo de objectos consagrados aos deuses era condemnado á morte; o roubador de cousas profanas era, porém, condemnado á escravidão perpetua, si não restituia o objecto roubado. Na hypothese de restituição o crime desaparecia.

Pomos ponto aqui á longa viagem que fizemos neste capitulo.

IV

O Direito no antigo Egypto *

§

Atravessámos até agora povos e paizes cuja physionomia juridica difficilmente podemos apanhar em linhas pouco numerosas e quasi apagadas. Exceptuada a China, tivemos de pedir a viajantes e ethnographos, a anthropologistas e archeologos os dados necessarios ao nosso estudo, e é claro que taes subsidios não nos podem ter iniciado de

* FONTES: A. Ennes: *Hist. Univ. de Cantú*, ref. e ampl.; Th. Braga: *Hist. Univ.*; Lenormant: *Les premières civilisations*; Bevilacqua: *Egypto antigo*, art. na *Revista do Norte* (Recife, 1891); R. Dareste: *Études d'hist. du Droit*; D'Aguanno: *Gen. e evoluz. del dir. civ.*; Letourneau: *Sociologie e Evolution jurid. dans les div. races hum*; Antigo Testamento: *liv. do Gen.* Além destas fontes de facil acesso devem ser consultados os livros de Herodoto e do Diodoro de Sicilia e sobretudo o *Cours de Droit Egyptien* de Revillont, particularmente baseado sobre a interpretação dos papyrus modernamente descobertos e traduzidos.

modo completo e satisfactorio nos segredos da complicada trama do Direito entre povos, selvagens uns, desaparecidos outros.

Felizmente vamos agora pisar terreno mais firme, embora abordemos o estudo da mais antiga das civilizações que a Historia conhece — a civilização do valle do Nilo, a original e gloriosa monarchia dos *pharaós*, tão cheia de assombros materiaes e moraes. Para não sobrecarregar a nossa tarefa e sobretudo para não engajar a nossa humilde responsabilidade n'um assumpto que os mestres, os competentes, inda não conseguiram liquidar; deixamos do parte a questão ethnica, abstendo-nos de indagar quaes os troncos originarios dos povos que, fundidos sob a acção de elementos diversos, conseguiram realizar no extremo nordeste da Africa, em epochas remotissimas, a brilhante civilização egypcia.

Tambem não faremos aqui a historia politica do Egypto, enumerando as respectivas dynastias e os grandes successos guerreiros ou industriaes dos pharaós. Limitar-nos-hemos a um quadro resumido das instituições politico-sociaes que dominavam a vida collectiva entre os egypcios, e feito isso passaremos a occupar-nos propriamente das suas creações juridicas.

“Tão longe quanto se possa remontar na Historia, o antigo Egypto apparece como uma sociedade submettida a um governo regular, a uma monarchia apoiada sobre o regimen das castas e revestida de um character sacerdotal.” São palavras, estas, de R. Dareste, a que nenhuma contestação se póde oppor. Poder-se-ha apenas accrescentar que a monarchia egypcia era hereditaria e francamente despotica, embora a este ultimo respeito alguns autores notaveis, firmados na autoridade de Diodoro de Sicilia tenham aventado opinião em contrario. Clovis Bevilaqua faz notar, em um de seus trabalhos, que o proprio poder espiritual ou sacerdotal, que aliás era parte integrante do governo, não estava isento de ser annullado ou

cerceado pelo detentor do poder temporal, isto é, pelo pharaó. E para comprovar seu asserto cita estes factos, que são realmente significativos: “Khuwn (*Keopps*) fecha os templos e interdiz os sacrificios; Khasora (*Khephren*) seu successor, não abandona essa politica anti-religiosa contraria aos interesses dos ministros do culto official; Amenotep IV não trepida em abolir o culto nacional de Ammon para impor a adoração de Aden ou Aten, que nada mais é do que o Adonai de Babylonia; no tempo da XXI dynastia os chefes do poder theocratico são deportados para a Nubia.”

Quando os primitivos *nomos* (pequenos e numerosos focos de população e de administração local, pelos quaes debutou a constituição politica do Egypto) se confederaram nos principados de *To-mera* (Baixo Egypto) e *To-res* (Alto Egypto) fornecendo a Mena oportunidade de unificar em um Estado grande e forte as varias circumscripções politicas anteriores; já o fetichismo inicial dos egypcios ascendera, passando pela astrolatria, a um vasto polytheismo, elaborado e systematisado pela classe sacerdotal. Além e acima dos primeiros fetiches como o crocodilo, o hyppopotamo, o ichneumon, o boi, o carneiro, o chacal, o milhafre, etc. surgem os deuses *Rá, Ammon, Phtat, Hor, Osiris*, — o mytho solar em manifestações ou symbolisações diversas — e muitas outras divinisações dos phenomenos ou forças da natureza, como *Nepra*, o oblador das sementes, *Seb*, o amigo da ceara, *Hâpi*, o dadivoso factor das inundações do Nilo e da fertilidade da terra, etc.

Uma tal elaboração polytheica determinara fatalmente a predominancia moral da classe sacerdotal e por isso mesmo a constituição de uma verdadeira theocracia, isto é de um regimen de castas coordenadas entre si e subordinadas á casta superior dos sacerdotes. Segundo Herodoto eram sete as castas egypcias: a *sacerdotal*, a *dos militares ou guerreiros*, a *dos commerciantes*, a *dos pastores*, a *dos guardadores de porcos*, a *dos pilotos* e a *dos interpretes*. A estas accrescentam e com razão, Diodoro de Sicilia e Strabão a *casta dos*

agricultores. E' escusado dizer que as duas classes dos padres e dos guerreiros eram as unicas privilegiadas — as detentoras das posições e dos cargos e as isentas do pagamento de impostos. No vertice dessa pyramide social estava o pharaó soberano, onnipotente e muitas vezes divino.¹

A synthese que acabamos de fazer dá o aspecto geral da civilisação cujos segredos juridicos vamos prescrutar. Mas para dar a esse aspecto um maior gráo de suggestibilidade, reproduziremos aqui este interessante trecho de Theophilo Braga:

“Para se comprehender a historia social do Egypto, basta procurar comparações nas diversas epochas da historia da humanidade: a instituição da *realeza* era um mixto dos peiores imperadores romanos com o apparatus exterior de um Luiz XIV; a *aristocracia* era analoga aos barões feudaes em quanto ao seu direito sobre as classes operarias e aos cortezaões das epochas cesaristas na sua dependencia das graças dos pharaós; não existia *povo*, mas tão somente classes adstrictas ao trabalho forçado, entre as quaes se misturavam todas as variedades da servidão — a clientella, a gleba, o colonato, o mercenarismo militar; o *poder espiritual* era exercido por uma classe sacerdotal aspirando á soberania, como a Igreja no tempo de Gregorio VII, mas submettida a uma protecção tutellar como no imperio de Carlos Magno; uma outra parte desse poder era exercida pelos *scriboe*, especie de classe formada dos que se emancipavam pela illustração litteraria, analoga aos scribas da China, complicando a administração civil com tudo o desenvolvimento burocratico de funcçãoalismo e relatorios dos systemas politicos constitucionaes.”

A essa curiosa civilisação, só conhecida até começos do nosso seculo pelas narrações dos historiadores gregos, como Herodoto e Diodoro de Sicilia, foi que Champollion, com a decifração dos hieroglyphos, Letroune e Peyron com a traducção dos papyros egypcios escriptos em grego, Brugsb e Revillont com a interpretação dos textos demoticos, vieram atirar projecções luminosas, sufficientemente brilhantes e fecundas para constituirem uma nova sciencia, que hoje

¹ A capo di tutti stá il sovrano, di fronte a cui gli stessi sacerdoti, atteza l'assoluta costituzione monarchica, sono de gran lunga inferiori e nei monumenti sono rappresentati colla faccia nella polvere al cospetto del loro re. (G. d'Aguzzo: *Gen. ed. evol. del dirit. civ.*)

tenta os maiores espiritos — a egyptologia. Os museus e bibliothecas de Paris, Londres, Berlin, Vienna e Turim possuem actualmente exemplares preciosos de documentos egypcios, escriptos em caracteres demoticos, e que lançam uma grande luz sobre o imperio dos pharaós. Baseados nos trabalhos dos interpretes de taes documentos e tomando principalmente por guia o sabio Dareste,¹ que os estudou de perto, podemos emprehender nossa viagem atravez das instituições juridicas do Egypto.

§

Tanto quanto se pode julgar pelas fontes conhecidas, a feição juridica da primitiva sociedade egypcia era esta: familia constituida em moldes patriarchaes; pleno poder do respectivo chefe sobre suas mulheres, filhos e escravos; propriedade immovel pertencente em commum á familia, e por isso mesmo de facto inalienavel. Esta, pelo menos, é a opinião geral dos egyptologos, embora Herodoto e Diodoro, pelas descripções que fizeram dos costumes da sociedade conjugal egypcia, tenham feito suppor que o matriarcado era ali o regimen dominante. Ha exagero, de certo, nas referidas descripções; mas o facto é que mesmo no regimen do patrio poder, que é innegavel no Egypto, ha vestigios de uma outra phase de hegemonia feminina si assim nos podemos exprimir. Realmente pode-se dizer com Dareste que o conjuncto das instituições conjugaes e familiares entre os egypcios "consagrava a liberdade absoluta da mulher e a sua dominação no *menage*".

O casamento realisava-se sem formalidade religiosa ou civil, dependendo apenas de uma inscripção em registro publico para estabelecer a filiação. Era um contracto ordinario entre pessoas agindo em plena liberdade, no qual a mulher não precisava nem do consentimento

¹ Não só tomaremos por guia o autor dos *Études d'histoire du Droit*, como lhe faremos constantes empréstimos de observações e palavras, reproduzindo umas o traduzindo outras.

nem da assistencia de pae ou tutor para se obrigar. Desde que um homem resolvia tomar como esposa uma determinada mulher, a ella dirigia-se para obter o seu consentimento. Estabelecido o accordo, era entregue á mulher uma certa quantia, — especie de arrhas do contracto — e o futuro marido fixava desde logo a importancia da pensão que devia fornecer á esposa para as despesas da familia a constituir. E estava feito e perfeito o contracto conjugal. Si a mulher possuia bens de algum valor, continuava a ser a proprietaria e administradora delles, fazendo-se um inventario estimativo dos moveis o estipulando-se hypotheca dos bens presentes e futuros do marido.

Este era o typo ordinario da união conjugal. Dareste affirma com toda segurança que até o presente nada veio confirmar as conjecturas dos que suppõem ter existido no Egypto uma especie de casamento civil ou de benção religiosa.

Não pensa, porém, do mesmo modo G. d' Aguanno, porquanto diz o seguinte: "Conheciam-se três especies de casamentos: um servil (aquelle em que a mulher ficava escrava do homem a quem se unia), outro, no qual era estabelecida a igualdade de direitos, semelhante a *confarreatio* dos romanos e pelo qual dava-se certa communhão entre os conjuges; outro, finalmente, que pode collocar-se entre as duas especies citadas e que se fundava sobre qualquer dotação ou presente nupcial que o marido fazia á mulher."

Quanto ao chamado casamento servil, não temos duvida de que os egypcios o praticavam. Ha pelo menos um documento que o prova e que vem transcripto no *Curso de Direito Egypcio* de Revillont e na obra de Paturet sobre a *condição* juridica da mulher. E' um contracto matrimonial celebrado no anno 4º do reinado de Psammetico, da XXVII dynastia, entre uma mulher de nome T'énesi e um tal Ammon, e no qual entre outras declarações bastantes expressivas se leem estas palavras:

“tu me deste, e o meu coração ficou satisfeito, o preço combinado para que eu me torne tua escrava.”

Egal base documental não tem o casamento que d’Aguanno compara á *confarreatio* romana. Para proceder com segurança devemos portanto fallar apenas de um casamento servil, naturalmente a forma primitiva das uniões conjugaes no Egypte, e do casamento sem formalidades civis ou religiosas, livremente contractado pelos nubentes conforme o exposemos acima.

A polygamia e o uso frequente do divorcio eram os contrapesos naturaes das regalias excepçionaes da mulher egypcia. O conjuge do sexo masculino, desde que não fosse sacerdote, (porque sendo-o era obrigado a monogamia) podia contrahir casamento ou fazer contracto equal com varias mulheres. Quanto ao repudio da esposa, ou divorcio, ficava elle ao arbitrio do marido, com tanto que indemnizasse a repudiada com uma certa quantia e se obrigasse a fazer seus herdeiros os filhos do casal.

Como consequencia deste regimen, a independencia dos filhos e a nenhuma distincção entre naturaes e legitimos era regra entre os egypcios. Todo os filhos herdavam, sem distincção, e por partes eguaes, cabendo, entretanto, ao mais velho, a titulo de indemnisação pelos encargos da successão, um quinhão maior. Tambem era regra geral no Egypto o casamento entre parentes, sendo apenas prohibido o incesto entre ascendentes e descendentes. Nada era mais frequente, com effeito, do que os casamentos entre irmãos e irmans, os quaes perduraram até muito tarde, como se verifica pelas narrações relativamente recentes de Philon de Alexandria e de Diodoro de Sicilia.

Affirmamos em começo que na familia egypcia o communismo territorial era o regimen da propriedade. E’ isto verdade mas não é a verdade inteira. Tal regimen foi o dos primeiros tempos;

quando sob os reis pastores e principalmente no tempo dos Ramessides a preponderancia politica passou dos sacerdotes para os militares produzindo o ascendente da realeza, o dominio eminente das terras passou tambem da familia para o Estado e a propriedade territorial foi repartida entre o rei e as duas classes ou castas superiores. Não parou ahi a transformação. No oitavo seculo antes de nossa era, as reformas do rei Bocchoris modificaram completamente o regimen anterior. Foi no reinado desse pharaó que se estatuiu a liberdade dos contractos e tal progresso juridico abriu caminho á propriedade individual e alienavel. Affirmam os traductores dos textos demoticos que ha nelles provas decisivas de que na epocha referida já a primitiva conunhão de familia estava dissolvida e a propriedade passava de mão em mão por vendas ou alienações, para as quaes o chefe de familia apenas precisava do consentimento da mulher e filhos.

Em geral os escriptores desta materia assignalam apenas como traço caracteristico da propriedade no Egypto o primitivo communismo da familia. Mesmo d'Aguanno não vae adeante, limitando-se a reproduzir os dizeres do Herodoto e Diodoro sobre a triplice partilha das terras entre o monarcha, os sacerdotes e os militares. Os documentos hoje descobertos e decifrados são mais eloquentes. Assevera Dareste que elles “nos mostram a propriedade constituida mais ou menos como entre nós e muito dividida, embora seu gozo permaneça commum entre os co-partilhantes.”

A translação da propriedade fazia-se mediante três actos, que nós poderemos denominar: *venda, juramento e tradição*. O primeiro, chamado *acto para dinheiro* era o accordo passado entre o vendedor e o comprador, designando o objecto vendido, constatando o pagamento integral do preço, e contendo a promessa do vendedor de completar a venda pela celebração dos dous outros actos e pela entrega dos titulos de propriedade. O segundo acto, de character religioso, era um acto de affirmação com juramento prestado pelo vendedor. O terceiro consistia na

entrega ou passagem da posse ao comprador. Com o correr dos tempos cahiu em desuso o segundo acto e os contractos de compra e venda vieram a fazer-se apenas por dous actos: um que transferia a propriedade, outro que investia na posse.

Uma dupla originalidade notava-se nesses actos: — estipulava-se sempre o pagamento integral e *á vista* do preço, e não se indicava a somma ou quantia que constituia o mesmo preço. A exigencia do pagamento integral e *á vista* faz suppor que no Egypto não era conhecida a *venda á credito*. Esta fazia-se, porém, e tambem de um modo originalissimo: realisavam-se simultaneamente duas operações ou contractos: um de venda á dinheiro a vista e um outro de mutuo, pelo qual o vendedor emprestava ao comprador todo preço ou parte d'elle.

Expondo e commentando estas peculiaridades do direito egypcio Dareste observa que a venda com pagamento á vista era uma consequencia das idéas primitivas sobre a força obrigatoria dos contractos. Eis as suas proprias palavras: “Os homens só pouco a pouco chegaram a comprehender que uma obrigação civil pode resultar do simples concurso de duas vontades. Para que o compromisso fosse considerado como irrevogavel era preciso nos tempos mais remotos alguma cousa mais: por exemplo: uma prestação feita por uma das partes, e assim, para fallar a linguagem technica, os contractos reaes precederam por toda parte os contractos puramente consensuaes.”

Esta conclusão é geralmente admittida como uma das muitas leis particulares da evolução juridica, e de tal valor é ella, que o próprio G. Tarde confessou haver “uma verdade parcial e relativa” em tal asserção de Dareste.

Uma vez que fallando de transmissão de propriedade abordámos a materia dos contractos completemos com algumas outras as

ligeiras noções dadas sobre o Direito das obrigações entre os egypcios. Já vimos que elles conheciam o emprestimo como elemento constitutivo da venda a credito. Accrescentaremos que eram communs os emprestimos de dinheiro ou de trigo e que o penhor, a hypotheca, a locação tinham uso frequente. O praso dos emprestimos era sempre curto e a demora no pagamento fazia incorrer o devedor em uma forte clausula penal. No caso de não pagamento o credor não tinha direitos sobre a pessoa, sim apenas sobre os bens do devedor. Os contractos de locação ou arrendamento de terras tinham logar ordinariamente pelo praso de um anno. A prova dos contractos devia ser feita por escripto; na ausencia della era admittido apenas como prova o juramento do proprio devedor. A escriptura podia ser particular ou feita perante official publico, da cathegoria dos nossos escrivães e tabelliães, mas devia sempre ser feita deante de testemunhas (cinco a principio e posteriormente sete) as quaes eram obrigadas não só a assignar como também a copiar o contracto.

Quando tratámos do modo de constituição da familia egypcia dissemos alguma cousa sobre herança ou successão; por outra, sobre a maneira pela qual herdavam os filhos, quer legitimos quer naturaes. Accrescentaremos nesta materia o seguinte: Não era conhecido o testamento. Para beneficiar alguém que não portencesse a sua familia, o respectivo chefe tinha de recorrer á adopção, que era largamente praticada. Dissemos que o filho mais velho era o encarregado de fazer a partilha dos bens, razão pela qual o seu quinhão era sempre maior que o dos demais herdeiros. Entretanto parece que na mór parte dos casos a divisão da herança era feita pelo proprio pae de familia, quando se aproximava da morte. Pelos menos Revillont, fundado em textos demoticos, affirma que o pae ou chefe dava a cada um dos filhos sua parte de herança legal, ajuntando uma penalidade para aquelle que offendesse os outros herdeiros. Os filhos de pae desconhecido herdavam apenas de sua mãe. Comtudo o reconhecimento ou perfilhação de qualquer delles dava direito á herança paterna.

Passemos agora a dizer algo da organização judiciaria e por fim do direito penal do Egypto.

Dada a organização theocratica do Estado era natural que a alta administração da justiça coubesse aos sacerdotes sob a suprema direcção dos pharaós. Realmente eram os padres os magistrados superiores, do mesmo modo que eram elles os lançadores de impostos, os fiscalisadores dos pesos e medidas, etc. Nem podia ser de outro modo visto que eram elles os depositarios da chave hieroglyphica dos oito livros de Thôt — os sagrados livros das leis decretadas por Isis.

O que sabemos da organização judiciaria egypcia é muito pouco e chegou até nós por intermedio de Diodoro de Sicilia. O velho historiador falla de um numeroso tribunal supremo, composto de trinta juizes escolhidos entre os mais notaveis sacerdotes de Heliopolis, Memphis e Thebas e incumbido de dirimir todas as questões, civeis e criminaes. A existencia desse tribunal está hoje, aliás, plenamente confirmada pela descoberta e traducção de um papyro em que se faz menção do presidente que dirigia os trabalhos dos trinta juizes. As normas processuaes usadas perante o referido tribunal eram simples. Os pleiteantes deviam comparecer pessoalmente e produzir por escripto suas allegações. Cada parte tinha direito apenas a uma replica. Os juizes deliberavam em segredo e davam as sentenças proferindo um *sim* ou um *não*, que não precisava ser motivado. O presidente do tribunal, então, confirmava mudamente a sentença, applicando sobre a fronte do pleiteante victorioso a *figura da verdade* — uma pequena estatueta de olhos cerrados, que trazia pendente do pescoço. Abaixo do tribunal dos 31 estavam os juizes das provincias e das cidades, que julgavam as questões de pouca monta; acima d'elle estava o rei ou pharaó, que podia avocar todas as causas, julgando-as por si mesmo ou fazendo-as julgar por quem quer que designasse, visto que era elle o grande juiz instituido pelos deuses, o investidor e o remunerador das funcções dos magistrados.

Do Direito penal egypcio podiamos nos limitar a dizer o que se lê em Dareste, isto é que os papyros gregos e demoticos nada revelam sobre elle, e que a interpretação dos papyros hieroglyphicos publicados por Birch, Chabas, Devéria e Maspero não é ainda sufficiente para dar-nos uma idéa justa a respeito. Não obstante resumiremos o que se encontra nos autores de mais nota sobre tal assumpto, que aliás é competentemente tratado por Letourneau.

Na Biblia e nos escriptores gregos temos referencias numerosas a certos actos delictuosos e respectivas penalidades. Recorrendo a estas fontes, verificamos, por exemplo, que o homicidio, o parricidio, o infanticidio, o roubo, o adulterio eram crimes punidos severa e mesmo barbaramente. A morte, a redução á escravidão, as mutilações de toda a ordem eram penas commumente applicadas conforme a natureza do delicto e sempre n'uma intima relação com este, isto é, obedecendo ao principio do *talião*. Verificamos, outrosim, que o processo criminal tinha a tortura como o principal meio de instrucção e que em falta de outras provas recorria-se ao juramento das partes ou aos oraculos dos deuses.

Acabamos de fallar em *talião*. Com effeito pode-se affirmar que essa modalidade da *vingança* primitiva era a base das concepções juridico-penaes dos egypcios. Letourneau faz notar que entre elles as penas eram tanto quanto possivel *expressivas* ou analogas aos crimes. Por outro lado Revillont refere-se a um dialogo entre dois fetiches, em que se lê o seguinte: "Aquelle que mata será morto; aquelle que manda matar será morto."

Entre as penas *expressivas* de que falla Letourneau, algumas nos fazem conhecer outras especies de crimes, além das que indicámos. São ellas: a calumnia, a fabricação de moeda falsa, a descoberta ou delação dos segredos de Estado, a falsificação dos pesos e medidas e a dos sellos publicos ou privados. O calumniador soffria a pena que

mereceria o calumniado si a imputação fosse verdadeira; o moedeiro falso e o falsificador de medidas ou sellos soffriam a mutilação de ambas ou uma das mãos; o delator de segredos de Estado perdia a lingua.

O homicidio arrastava fatalmente a pena capital; o parricida era punido com a morte sobre uma fogueira, depois de se lhe ter amputado as mãos; o autor de um infanticidio era condemnado a ter ligado ao corpo durante três dias e outras tantas noites o cadaver de sua victima. A mulher adultera foi a principio punida com a morte, posteriormente condemnaram-n'a a ter o nariz amputado; o estuprador era *phallotomizado*, o que significa que era punido por onde tinha peccado; o roubo, a semelhança do adulterio da mulher, foi a principio punido com a morte e mais tarde com a mutilação do nariz. Quanto ao homem culpado de adulterio sem violencia, a pena que lhe cabia era a de mil vergastadas.

Abstrahindo dos delictos sociaes, ou das disposições penaes que serviam de sancção ás numerosas e minuciosas leis policiaes — são estes que ahi ficam os traços principaes do direito penal egypcio.

Finalizando, cumpre-nos apenas observar que a legislação por nós estudada refere-se unicamente ao Egypto anterior ás occupações grega e romana. A partir dos Ptolomeus o Direito da velha monarchia pharaonica começou a soffrer modificações sensiveis, sob a influença dos costumes e leis da Grecia. E' verdade que os gregos e romanos procuraram respeitar quanto possivel os usos e leis indigenas ou locaes, mas apesar disso transformações importantes se operaram, que deram ao antigo direito uma physionomia differente da primitiva.

V

Aryanos e iranianos. — O velho Direito da India e Persia*

§

Como viajante temerario que dá entrada em terras da patria depois de ter calcado por muito tempo solo estrangeiro, chegamos nós agora áquella região do oriente de onde sahiram em epocha indeterminada os geradores dos nossos caracteres ethnicos e de todas as nossas aptidões sociaes. Estamos no paiz de origem, no berço tellurico dos avós; estamos na India, que, no dizer de Sumner Maine, é “o grande museu onde se acham reunidos todos os phenomenos de antigos usos e de antigas idéas juridicas ainda susceptiveis de verificação.” Somos latinos, e, como taes, reunidos aos gregos, celtas, germanos e lithuanos-slavos tivemos a tenda ancestral no tracto de terra asiatica onde medrou e de onde irradiou o poderoso nucleo primitivo da raça aryanas. Este parentesco é hoje um caso julgado. “O reconhecimento do que todos os povos indo-europeus descendem dos Aryas é uma das mais brilhantes descobertas “cientificas do século XIX” — disse R. Von Jhering, e accrescentou: “Na noite do periodo de migração que nenhuma informação esclarece, preparou-se o futuro da Europa; é a obscuridade do seio materno. O Hindú actual e o europeu são seres absolutamente diferentes, e entretanto elles são os filhos de uma só e mesma mãe, irmãos gemeos de uma natureza originariamente identica. Mas um delles, o primogenito, ficou como herdeiro da casa paterna, ao passo que o mais moço, entregue a si mesmo, atirou-se ao mar, percorrendo todos os oceanos, affrontando todos os perigos. Voltando após longos annos elle não reconhece seu

* FONTES: — R. Von Jhering: *Les indo-européens avant l'histoire*; Adolpho Pictet: *Les origines indo-européennes ou les arias primitifs* vol. 1; Pompeyo Gener: *La mort et le diable*; G. Carle: *La vita del Diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*; A. Ott.: *L'Inde et la Chine*; Ahrens: *Encyclopedie juridique*, vol. 2; H. Sumner Maine: *Les communautés de village en orient et en occident et Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*; d'Aguanno: *Gen. e evoluz. del Diritto Civile*; Letourneau: *Evol. jur. dans les div. rac. hum.*; Dareste: *Etudes d'histoire du Droit*.

irmão gêmeo, de tal modo a vida os diferenciou. O Hindú actual é o primogenito, o europeu é o irmão mais moço.”

Com effeito, as modernas sciencias da linguistica, e da philologia, ambas estudadas pelo methodo comparativo conseguiram assentar em bases solidas a doutrina de que as varias familias ethnicas componentes da civilisação occidental são todas ramificações de um mesmo tronco que a Asia central viu brotar e crescer, com uma seivosidade pujante. Que esse tronco é o da raça a que se dá o nome de aryana, e que tal raça creou uma linguagem-mãe de onde derivaram todos os idiomas dos povos indo-europeus ou indo-germanicos¹ — são cousas actualmente quasi incontrovertidas. A descoberta e estudo do sanscrito e do zend e a comparação delles com as linguas europeas levaram á essa conclusão a generalidade dos linguistas, philólogos e ethnologos.

A palavra sanscrita *arya*, tomada substantivamente, significa: *dono, senhor*; como adjectivo significa: *fiel, dedicado, amado, excellente*. Quando os nossos avós asiaticos a empregavam n’um sentido genealogica ou ethnico davam-lhe a significação de *veneravel, excellente, de boa raça*. E quem dirá que taes attributos não cabem á gloriosa estirpe humana, de pelle branca, mais ou menos alva, de fronte espacosa e alta, de oraneo bem conformado, de maxillares reduzidos, cujos descendentes e representantes, tomando o rumo do sol, elaboraram em varios pontos do nosso planeta a assombrosa civilisação de que gozamos e nos orgulhamos hoje?

Dissemos que foi a Asia central a patria originaria dos *aryas* antigos. Particularisando mais, podemos dizer que o enorme plató do Iran, “o immenso quadrilatero que se estende do Indo ao Tigre e ao Euphrates, do Oxus e do Iaxartes ao Golpho Persico” foi a séde commum da grande

¹ R. von Jhering; prefere a denominação de *indo-europeus*; A. Pictet repelle ambas, adoptando a designação de *familia aryana*.

raça. Quanto á determinação exacta do ponto do plató onde viveram e de onde se destacaram, em direcções diversas, os nossos antepassados arycos, somos obrigados a confessar que a sciencia não deu ainda a sua ultima palavra, havendo até sérias divergencias entre os autores. Comtudo ha uma hypothese, apoiada por fortes dados scientificos: é a que fixa aquelle ponto na Bactriana ou Balkh actual; isto é, na região situada entre os 33 e os 38 grãos de latitude, a qual se estende entre o Hindukoch ao sul, a Buckaria ao norte, o Belotag a leste e os territorios de Merw e Herat a oeste.

Uma série de presumpções cada qual mais plausivel, ou melhor uma série de importantes subsidios fornecidos principalmente pela linguistica, autorisaram Adolpho Pictet, o sabio autor de *"Les origines indo-europeennes ou les aryas primitifs"* a dar como provavel a hypothese de que foi a região geographica acima delimitada aquella que forneceu aos nossos antepassados o seu primeiro pouso, ou antes a primeira morada commum das tribus arycas.

Acceita esta hypothese, que é, aliás, a mais correntemente admittida, devemos quanto antes voltar os olhos para a epigraphe do nosso capitulo e fallar dos iranianos. Não ha nisso a minima dificuldade porquanto aryanos e iranianos são apenas dois galhos do mesmo ramo ethnico. Tratando da Persia no seu admiravel livro intitulado *La Mort et le Diable*, o grande escriptor hespanhol Pompeyo Gener escreveu com razão: "Nas altas planicies da Bactriana, em uma epocha tão longinqua que se perde na noite da origem das civilisações, encontramos o povo do Iran, povo aryano, irmão dos Aryas da India e dos Aryas que povoaram a Europa."

A opinião emittida neste trecho de P. Gener está fóra de questão. Ha autores até que traíam os iranianos pela denominação de *aryas de Zoroastro ou aryas da Persia*. Entre taes autores podemos citar A. Ott. E quando houvesse duvida a respeito, ficaria ella defeita com estas

palavras de Pictet: “O que se póde demonstrar de uma maneira precisa é que os Aryas devem ter-se dividido primitivamente em dois grupos, um oriental, outro occidental, dos quaes sahiram, de uma parte os Aryas da Persia e da India, e de outra os povos europeus.” Fundados ainda na autoridade de Pictet podemos dizer que, dada a Bactriana como séde dos primitivos aryanos, os iranianos eram os aryas de nordeste e os indianos ou hindus eram os aryas de sudeste.

Houve uma epocha em que esses dois grupos emigraram da morada commum: um marchou a principio para os altos valles das montanhas de leste, de onde voltou mais tarde para povoar o Iran; outra seguiu pelo valle do Indo, atravessou-o, estabeleceu-se no Pendjab e espraizou-se depois por quasi toda a peninsula hindostanica.

Sábido isto, comprehende-se o motivo pelo qual reunimos neste capitulo a India e a Persia antigas, para estudar-lhes as instituições de Direito. Começaremos pelos hindus; occupar-nos-hemos depois dos persas.

§

India. — Quasi todos os autores tacita ou expressamente accordam em dividir a historia antiga dos hindus em dois periodos principaes: o *védico* e o *brahmanico*. Estas denominações são tiradas dos documentos ou fontes onde se encontram informações mais ou menos exactos sobre a organização social e sobre as idéas e costumes dos aryas da India. Mas a divisão alludida não tem só esse fundamento de character documentario: ella é real e fecunda porque corresponde a duas epochas distinctas da civilização dos hindus. Emquanto estes, organizados em familias, ou quando muito em clans ou tribus, conservaram as modestas instituições religiosas e patriarchaes que haviam trazido da Bactriana e que os *Védas* consagravam, a civilização dos aryo-indios teve um aspecto diverso da dos tempos subsequentes em que preponderando os

brahmanes, ella revestiu um caracter politico e social muito mais complexo.

Devemos, pois, admittir com G. Le Bon, G. Carle e outros autores, a successão dos dois citados periodos na desenvolução social dos hindús. Ahreus distribue esta desenvolução em quatro periodos, que afinal correspondem fundamentalmente aos dois indicados. E' que o notavel professor de Leipzig ligou a historia dos hindus "á mudança e á extensão de seus estabelecimentos" e não ás suas concepções de ordem moral e politica.

Para o estudo do periodo védico temos os livros sagrados que ja citámos (os *Védas*, que são em numero de quatro: o *Rig-Véda*, o *Sama-Véda*, o *Yadjur-Véda* e o *Atharva-Véda*) e como fontes subsidiarias possuímos os grandes poemas epicos intitulados *Ramayana* e *Mahabharata*, composições ao mesmo tempo historicas, mythologicas e poeticas, que nos fascinam pelo grandioso de sua concepção e pela riqueza de imaginaação dos seus autores. Recorrendo a esses curiosos documentos indianos, ou antes a seus traductores e commentadores, sernos-hia facil compor um quadro largo e suggestivo do primitivo estado social dos hindús. Mas como as indicações de ordem juridica espontam muito rara e parcamente em taes obras que (sobretudo os *Védas*) têm uma caracteristica essencialmente religiosa e mythica, deixamos de parte a analyse dellas e vamos dar, em synthese, um esboço do Direito que apenas transparece atravez dos seus hymnos sagrados e das suas ficções poeticas. Neste intuito tomamos emprestados a R. Dareste os periodos seguintes:

"Quando os Aryas desceraam ás planicies do Indo e do Ganges assemelhavam-se aos heróes de Homero. A compra da mulher era a forma do casamento, e o direito criminal inteiro consistia em uma série de *composições* exactamente tarifadas segundo a gravidade do damno. O preço do sangue era pago em um certo numero de vaccas e um touro. Gautama (um dos livros brahmanicos mais antigos) não conhece outra moeda. Vis-chnú (nas suas *Institutas*) falia de uma certa moeda de cobre, mas em

seus escriptos a tarifa conserva uma progressão toda archaica: Si um homem levanta a mão para bater, pagará 10; si levanta o pé, pagará 20; si levanta um bastão, pagará 200; si usa de uma arma, pagará 1,000. A organização patriarchal da familia ou tribu, a pratica da adopção, certas medidas tomadas para assegurar uma posteridade ficticia ao homem morto sem filhos, são outros tantos traços característicos de civilização primitiva, que os primeiros codigos hindús constatarem, buscando supprmil-os e modifical-os."

A esta perfunctoria apreciação do citado historiographo-jurista accrescentaremos apenas uns poucos traços, que se nos afiguram dignos de relevo.

Os Aryas do periodo vedico não constituíam um Estado, nem mesmo uma nação: não chegaram a conceber o organizar um governo além do patriarchal.¹ Familia, clan ou tribu reunia-se no aldeamento e deliberava collectivamente sobre os casos graves debaixo da direcção do pae ou chefe, que era o depositario despotico das funcções executivas, judicarias inclusive. O regimen da propriedade territorial era o do communismo de aldeia ou tribu, conforme deixou dito Strabão e foi modernamente continuado pelos trabalhos de Spencer, de Laveleye e de Sumner Maine. As terras cultivaveis eram-n'o em commum por todos os habitantes da aldeia, sendo no fim de cada anno dividido o producto da cultura. Vem a proposito citar estas palavras de S. Maine: "A vida que levava outrora em commum o grupo ou a comunidade fragmentou-se até permittir a apropriação privada do solo culturado, mas não até tolerar o abandono do systema de cultura communista." Juntem-se a isto sentimentos altamente cavalheirescos para com as mulheres e um verdadeiro culto pela familia, e estará desenhado o typo do hyndú primitivo.²

¹ Temos até agora indicado suficientemente a natureza do regimen patriarchal; não obstante julgamos conveniente aclarar a noção que temos dado com a seguinte esplendida definição de Sumner Maine: "A familia patriarchal é um grupo de homens e de mulheres, de filhos e de escravos, de propriedade animada e inanimada, unidos por um laço de sujeição commum ao patrio poder do chefe da casa."

² E' possivel que em epocha muito remota, talvez contemporanea do estabelecimento na Batriana, a familia arya não estivesse constituida como a encontramos no periodo vedico. D'Aguanno apoiado em um trecho do *Mahbarahtha* faz ver que deve ter existido entre os primeiros hindus um periodo de promiscuidade e de regimen matriarca. Eis o

Vejamos o que foi elle no periodo brahmanico, indicando préviamente as fontes primarias e capitaes de onde são extrahidos os conhecimentos que sobre tal epocha possuimos.

Até meizados do nosso seculo os unicos documentos da litteratura indiana, que conheciamos, eram, além do Ramayana, do Mahabartha e dos Vedas, o celebre Codigo de Manú (o *Manava Dharma Sastra*) e o livro, muito mais recente de Yajna Valkya. Mas de uns trinta annos a esta parte alguns outros foram descobertos e traduzidos, fornecendo aos indianologos e principalmente á sciencia do direito hindú novos e magnificos, subsidios. Estes outros documentos são os seguintes: As *Institutas de Narada*, que são mais ou menos contemporaneas da compilação Yajna-Valkya, as *Institutas de Vischnú* (traduzidas pelo Dr. Jelly, que tambem foi o traductor de Narada) e as de Gautama, Baudhayana, Vasishtba e Apastamba (traduzidas pelo Dr. Bühler.)

A divulgação destes trabalhos foi da mais completa oportunidade e conveniencia, por quanto o classico livro de Manu já era suspeitado de nos dar noticias muito pouco authenticas da velha civilisação brahmanica. Realmente é hoje ponto liquidado que o *Manava Dharma Sastra* é muito mais recente do que a collecção de *Institutas* traduzidas por Bühler, servindo para argumento nesse sentido a circumstancia de ser elle escripto em versos — uso que na India foi muito posterior ao dos livros em prosa aphoristica, segundo provou M. Müller. Este sabio chegou a declarar, e com approvação de S. Maine, que o cita o seguinte: “Quanto ao *Manava Dharma Sastra*, o Manu traduzido por William Jones e que seus institutores indigenas affirmavam ser a base de todo o direito sagrado da India, é uma redacção tardia da doutrina legal dos Manavas, *gens* ou clan portadora do nome de um Manu mencionado frequentemente na litteratura sanskrita mas que o autor do livro actual

trecho em que se baseia o civilista italiano: “Houve um tempo no qual não era um delicto ser infiel ao esposo, antes um dever... As mulheres de todas as classes são communs; como são as vaccas são as mulheres... Foi Cweta-Kiton que estabeleceu restricções para os homens e mulheres sobre a terra.” (*Mahabharata*, 1, 503, v 4719-22.)

menciona como alguém diferente do proprio. Si o velho Manu tivesse composto um livro de direito (o que é duvidoso) elle não teria certamente escripto no metro poetico do codigo actual.”¹

Não obstante teremos de pedir a esse velhoCodigo (que segundo todas as probabilidades foi redigido um ou dois seculos antes de nossa era) muitas das informações de que carecemos sobre o direito hindu, na sua phase francamente brahmanica.

Este segundo periodo da evolução dos aryo-indios corresponde ao fixamento destes na parte superior do Hindostão e nas margens superiores e medias do Ganges. Caracterisa-se elle, no ponto de vista politico, pelo evento de uma constituição monarchica, substituindo o velho puder fragmentado dos chefes de familia ou de tribu; no ponto de vista social, pela systematisação do regimen das castas e correlativa preponderancia da classe sacerdotal ou brahmanica, — o que vale dizer por uma organização theocratica da sociedade. Uma longa elaboração polytheista, sahida da astrolatria, como no Egypto, dera a base mental para o predominio dos sacerdotes, meros poetas-philosophos na epocha anterior celebrada pelos hymnos vedicos. Dos deuses naturalistas Indéa e Agni passa-se á *trimurta*, triada ou trindade de *Brahma*, *Vischnú* e *Siva* e ao dogma metaphysico da transmigração das almas; de Brahma, o deus creador, extrahe-se a organização das quatro castas, correspondentes a bocca, ao braço, á perna e ao pé do ser supremo. Quer a instituição da realeza, quer a do regimen das castas, explica-se facilmente pelas novas condições de *habitat* dos hindus e principalmente pelas lutas continuas e prolongadas que tiveram elles de sustentar com os indigenas do Hindostão, a quem disputaram o solo.

¹ Vê-se como é diferente a versão scientifica da outra em que Manu apparece, segundo a legenda, como o *primeiro homem*, sahido de Brahma, creador de *Indra* e de toda a cohorte dos deuses, tendo um filho que lhe nasce do umbigo como as diversas castas haviam nascido da bocca, do braço, da coxa e dos calcanhares do Deus supremo.

Não se supponha, entretanto, pelo que acabamos de dizer que fazemos côro com a opinião dos apregoadores da absoluta ausencia de antecedentes, no periodo vedico, deste regimen politico-social. Sabemos que em um dos Védas e nas epopéas indianas ha vestigios da triade encabeçada por Brahma, e sabemos tambem que as castas não foram uma criação do Codigo de Manú, mas sim uma systematisação de idéas e usos vindos de longe. De resto, nada mais natural do que isso: as sociedades, como a natureza, não fazem saltos.

Feitas estas observações estamos habilitados á passar em revista as instituições juridicas dos hindus no periodo brahmanico.

Das quatro castas em que estava rigorosamente dividida a sociedade: a dos *brahmanes* (padres, sabios, magistrados), a dos *kchatryias* (militares, guerreiros), a dos *xaisyas* (agricultores, commerciantes, industriaes) e a dos *sudras* (servos, escravos) somente as duas primeiras eram altamente privilegiadas e collaboravam no governo ou administração publica. Exactamente como no Egypto; havendo ainda este ponto de contacto entre a sociedade do Nilo e a do Ganges: — o rei, da classe dos guerreiros, impuzera-se aos sacerdotes e dominava-os, como os demais subditos. Portanto o Direito Publico dos hindús é facil de conceber: o monarcha é o supremo legislador, o supremo executor, o supremo juiz, embora até certo ponto peiado em seu arbitrio pelos dogmas da religião nacional e pelas injuncções dos respectivos exegetas. O Codigo de Manu todavia, consagra muitas regras referentes á administração interior e aos negocios exteriores; dispõe sobre casos de guerra, sobre tratados com outras nações, sobre impostos, etc. Aliás estas minucias regulamentares são communs a todos os Codigos primitivos. E' aqui occasião de fazer notar que o *Manava Dharma Sastra* é menos um codigo de leis do que um tratado de religião. " Ainda que contenha muito de Direito, Manú é essencialmente um livro de ritual, de deveres sacerdotaes e de observancia religiosa" diz Sumner Maine. A este respeito

recordaremos apenas que tal facto é um dos que comprovam a primeira lei de evolução jurídica que no capitulo inicial deixámos enunciada.

Passemos ao direito privado dos hindús, começando pela organização da familia, — a exemplo de Dareste que aqui, como em relação ao direito egypcio, vae ser o nosso principal guia.

Como vimos, os codigos brahmanicos são de estrutura e data diversas, de onde a possibilidade, ou antes, a necessidade de dividir a respectiva legislação em dois periodos: o dos *sutras*, ou antigos livros em prosa, e o dos codigos mais recentes em verso. Basear-nos-hemos nos primeiros e indicaremos depois os pontos da legislação modificados peloCodigo de Manú.

Embora as institutas de Vasishtha o Apastamba fallem apenas em seis, oito eram as especies de casamento reconhecidas pelos hindus. As quatro primeiras realisavam-se por meio de uma cerimonia religiosa e com o assentimento do pai da noiva; — eram os casamentos honrosos e legais. As outras quatro eram: a *união livre (modo dos musicos celestes)* a *compra (modo dos mãos genios)*, o rapto, e a *violação da mulher quando privada de sentidos (modo dos vampiros)*. Havia impedimentos entre parente até seis grãos do lado do pae e quatro do lado materno. Tambem não se casavam pessoas que trouxessem o mesmo nome. A polygamia era permittida aos homens das castas superiores; sómente os *sudras* ou escravos eram obrigados á monogamia. O poder marital era tão respeitado quanto o patrio poder. Desconhecia-se o divorcio; mas no caso de ausencia do marido por seis annos o casamento era dissolvido. Segundo Apastamba havia uma especie de esponsaes que constituiam na realidade um casamento civil. O noivo fazia ao pae da noiva um presente de cem vaccas e um carro — presente que devia ser restituído si não se realisasse o casamento. O fim da união conjugal era procrear filhos que praticassem os ritos funerarios em honra do pae. Dahi o uso constante da adopção, a pratica da *leviração ou levirato*, isto é da cohabitação da viuva

sem filhos com seu cunhado, o pedido do pae esteril feito a um outro homem para engendrar-lhe um filho, etc. O regimen patriarchal unido ao culto dos antepassados explica esses costumes tão alheios ao nosso modo de ver actual.

A successão testamentaria não existia; o substitutivo legal do testamento era a adopção. Depois da morte do pae a herança era partilhada igualmente entre os filhos varões. As filhas não herdavam; mas herdavam os filhos varões das filhas. O filho mais velho tinha um quinhão maior que os demais, talvez, como no Egypto, a titulo de indemnisação pelo trabalho da distribuição da herança. Ainda a semelhança do que se dava no Egypto, muitas vezes o pae, em vida, fazia por si mesmo a partilha entre os filhos. Outras vezes a herança era pelo pae adjudicada toda ao filho mais velho, com a condição de sustentar elle a familia. Os presentes feitos á mulher em razão de seu casamento e que constituíam sob o nome de *stridhana* propriedade particular sua, eram herdados pelas filhas e não pelos filhos.

O regimen da propriedade no periodo brahmanico chegara já em grande parte ao seu typo individual. Certo ainda persistia o collectivismo familiar e a cultura em commum dos campos, a que já tivemos occasião de alludir. Mas a evolução estava feita em grande escala. Assim os modos de aquisição da propriedade individual estão determinados com precisão nas Institutas de Gautama. Eis as proprias palavras do texto: "Adquire-se a propriedade por successão, compra, partilha, apprehensão ou achado. E' preciso accrescentar a acceitação de um presente para um brahmane, a conquista para um kchatryia, o trabalho para um vaisya ou um sudra."

Os hindús conheciam e praticavam quasi todos os contractos do direito moderno: a compra e venda, a hypotheca e antichrese, o penhor, o emprestimo a juros, etc. Este ultimo offerecia a particularidade de que a taxa do juro differia conforme a casta do devedor. Entre pessoas

da mesma casta os juros não deviam nunca ultrapassar o capital; mas entre contractantes de pasta differente os juros podiam ir além do capital 3, 4 e até oito vezes. As dividas provavam-se quer por escripto quer por testemunhas, quer pelo juizo de Deus ou ordalia. A inexecução das obrigações era considerada crime. O depositario infiel tinha a mesma pena de um ladrão, e em geral aquelle que não dava o que promettera pagava uma multa de 250 *panas* e era constrangido a executar-se.

A organização juridica de que fallam os codigos brahmanicos é a mais rudimentar possivel: ao rei incumbia a distribuição da justiça e elle se desempenhava desse dever por si mesmo ou por intermedio de um tribunal composto de tres ou quatro brahmanes, versados na sciencia dos Vedas; o processo era o mesmo quer se tratasse de negocios civis quer de criminaes. E' esta a opinião valiosa de Dareste que se exprime a respeito nestes termos: "Toda esta parte do Direito nos antigos codigos brahmanicos é ainda confusa, e as contradicções que nella se encontram mostram bem que o legislador procurando modificar os velhos princípios não conseguira fazer triumphar definitivamente os novos." Não pensa deste modo Letourneau, que faz detalhada exposição da organização judiciaria e processo hindús. Segundo este autor, na India a distribuição da justiça emanava de diversas jurisdicções que vão desde a da Comunidade aldeã e das corporações á do rei. Havia a justiça communal, a justiça urbana, a justiça das baixas castas, a das corporações, a justiça familiar, a dos brahmanes, a arbitragem das communes, etc. No cimo de tudo isso estão dois tribunaes: o do chefe de justiça e do rei. Assignala tambem Letourneau como muito frequente o juizo arbitral. Quanto ao processo a opinião do mesmo autor é que elle era complexo, relativamente sabio, favorecedor da pesquisa da verdade e restrictivo do arbitrio dos juizes." Consignamos este juizo, mas não acompanharemos o autor de *L'Evolution Juridique* na sua explanação do direito, criminal e penal dos hindús. Diremos apenas com Dareste que ao lado dos restos de uma antiga tarifa de indemnisações ou composições o direito penal da India nos apresenta

uma escala de penas que vae desde a multa até a morte, passando pelo exilio e pelas mutilações corporaes. O homicidio, sobretudo o de um brahmane, arrastava a pena capital; o roubo, o adulterio, a injuria verbal eram em geral fracamente punidos. O adultero pagava uma multa; o roubador além de restituir o objecto roubado tinha de apresentar-se deante do rei, de cabellos esparsos, segurando um bastão, para fazer a confissão do crime. O rei usava ou não do seu direito de perdão. Uma particularidade da lei hindú com relação ao roubo era a seguinte: O rei tinha obrigação de fazer restituir os objectos roubados e si taes objectos não eram encontrados, pagava do seu bolso o valor delles. Isto queria dizer, segundo a observação de Dareste que o cantão era responsavel pelos crimes que se commettiam em seu territorio.

A esta legislação dos *Sutras* o Codigo de Manú veio trazer certas ampliações e algumas modificações, não em grande numero. Das ultimas indicaremos as seguintes:

As 8 especies de casamentos foram reduzidas a seis pela abolição dos casamentos *á moda dos mãos génios* e *á moda dos vampiros*. A *leviração* (*Neyoga*) foi perfeitamente detalhada e regulada, mas formalmente proscripta, embora pareça que tal proscricção foi interpolada no texto muito depois da redacção do Codigo. Entretanto como reminiscencia da *leviração* Manú deixou disposto que si o noivo de uma mulher fallecer depois dos esponsaes e antes do casamento, o irmão do morto deve desposar a noiva. Alguma cousa semelhante ao divorcio foi admittido no *Manava Dharma Sastra*: assim o marido podia repudiar a mulher si lhe descobrisse qualquer vicio que lhe houvesse sido occultado. Quanto ás ampliações feitas ao velho direito pelo autor da collecção-Manú não nos é possivel entrar no desenvolvimento de todas. Diremos apenas, sempre acompanhando Dareste, que a base é a mesma, embora o edificio seja mais amplo, apparecendo o direito civil e o canonico mais desenvolvidos, sempre debaixo da influencia religiosa. Para terminar apontaremos, porém, certas novas disposições interessantes do Codigo de

que se trata. São ellas: O reconhecimento expresso de que a terra pertence a aquelle que a arroteou como a gazella a aquelle que primeiro a feriu; a consagração tambem expressa da irrevogabilidade da cousa julgada, com reserva da revisão por causa legitima; por ultimo, um principio de direito de familia, que faz pensar nas praticas da polyandria, aliás não existentes entre os hindus: — eil-o: “Quando entre varios irmãos, diz Manú, um delles tem um filho, este filho deve ser considerado como o filho de todos.”

Dito isto, damos por finda nossa tarefa quanto nos aryo-indios e vamos passar ao direito dos seus irmãos iranianos.

§

Persia. — Quizeramos que outro, muito mais largo, fosse o quadro do nosso trabalho, para que podessemos estudar a velha e gloriosa nação de Zoroastro, em todas as manifestações de sua actividade. Só a sua original e sadia concepção do mundo e da vida humana — em confronto com as philosophias mais ou menos desolantes dos outros paizes do Oriente — merecia o mais acurado dos exames e a mais ampla das apologias. Tudo é masculino entre os persas (escreve P. Gener), a consciencia, o pensamento, o braço, a linguagem, e até a escripta; fiel reflexo de suas faculdades interiores ella apparece em pleno vigor: é sobre o granito que se fixa sua palavra. Para elles a luz e a palavra são cousas absolutamente eguaes; tudo falla: montanhas, prados, rios, mares, vegetaes, animaes, tudo tem uma linguagem sobre a terra. E tambem no céu os astros pronunciam um eterno discurso de luz que dá a sabedoria a quem sabe comprehendel-o. O mal subjectivo, o peccado, consiste sómente em deixar enfraquecer a coragem, em abandonar-se a si mesmo, em perder a dignidade e a esperanza. Elles não possuem nem pontifices, nem templos, nem ceremonias, nem idolos; não reconhecem outra autoridade senão a do pae de familia e distinguem-se pelo vigor e pelo bom senso.

Vê-se por esta ligeira syntese quanto seria proveitoso penetrar na vida inteira affectiva, mental e pratica, dos persas antigos e examinal-a de perto. Infelizmente temos de nos limitar a apreciar-a apenas no ponto de vista juridico, e isso mesmo em traços muito rapidos. E' o que passamos a fazer.

Sahidos do nordeste da Bactriana, os iranianos ou aryo-persas dirigiram-se primeiro para os altos valles das montanhas de leste, retrocendo posteriormente para o Iran, — já o dissemos. Precisamos accrescentar que foi ao longo da costa do golpho persico que elles vieram estacionar definitivamente, com suas familias, sua religião e seus costumes, tão originaes. Nessa região "*esterile, male inaffiata, caldissima e montuosa per la maggior parte*", no dizer de Carle, foi que elles fundaram a notavel civilização primitiva, cujas instituições juridicas vamos passar em revista, e a qual, no pensar de muitos autores, póde e deve ser considerada o elo que liga a Asia á Europa, o oriente ao occidente.

Não fosse Anquetil Du Perron ter descoberto, ha um seculo, na quasi-ilha de Guzzarat (India) o manuscripto do *Zend-Avesta* — o livro sagrado da velha religião persa — faltar-nos-hia inda hoje um dos poucos documentos com que podemos contar para o estudo da civilização de que se trata,¹ porquanto os escriptores gregos e romanos quasi nenhuma informação apreciavel nos fornecem a respeito. Apezar disso, respigando aqui e ali, na chronica de Tabari, no poema epico de Firdusi, no *Talmud* de Babylonia, tem sido possivel aos eruditos de nosso tempo reproduzir as linhas geraes do antigo direito persa. Vejamos quaes são ellas.

Já fizemos notar que o manuscripto do *Avesta* que chegou até nós é mais theologico do que juridico. Realmente são insignificantes as noções de direito que elle nos dá. Do casamento falla-se nelle

¹ Segundo uma certa tradição o *Zend-Avesta* se compunha de 21 livros, dos quaes o 9º e o 19º eram consagrados ás leis e ao processo. Taes livros desapareceram, e o *Avesta* ou *Vendidad*, que possuímos hoje, é apenas um tratado de theologia, provavelmente filho das locubrações religiosas de Zoroastro.

ligeiramente, verificando-se apenas que a polygamia e a união entre irmão e irmã eram recommendados. Verifica-se tambam que elle reconhece o direito de vingança e manda acceitar o preço do sangue, quando o que o offerece é um fiel. As outras noções juridicas fornecidas pelo *Avesta* são as seguintes: — A violação do contracto é uma falta punivel por uma pena pecuniaria. Ha seis especies de contractos: os que se formam pela palavra, os que se fazem pelo aperto de mão ou juramento e os que se effectuam pela dação de um penhor, que pode consistir em um carneiro, um boi, um homem ou uma terra. Esses contractos, a partir da 3ª classe regulam-se pelo valor do penhor. Nas offensas ha sete momentos distinctos, que são: tomar a arma, brandil-a, bater, ferir, derramar o sangue, quebrar um osso, tirar os sentidos. Cada um desses actos é punido com um certo numero de açoites, de 5 a 90. Um açoite póde ser resgatado mediante seis drachmas. A prova judiciaria póde ser feita pelo juizo de Deus ou ordalia, pelo emprego da agua fervente ou do fogo.

E ficam vistas as informações juridicas do *Avesta*. Como se vê é quasi nada. Busquemos portanto os ensinamentos das outras fontes a que nos referimos.

Segundo o que se depreheende dellas a organização politico-social dos aryo-persas era a seguinte: — uma especie de aristocracia feudal subordinada a um rei absoluto e baseado sobre uma constituição patriarchal da familia, subdividida em *gentes* e tribus. A população estava dividida em quatro classes que não chegaram a constituir-se em *castas*: a dos magos ou *mobeds*, a dos nobres, a dos lavradores ou agricultores e a dos artistas mechanicos. Abaixo de tudo isso estavam os escravos, feitos pela guerra ou pela insolvabilidade. Cada senhor feudal era obrigado ao serviço militar e marchava a frente do contingente de seu cantão. Os juizes eram altos funcionarios, tirados da classe dos mobeds, que faziam excursões, davam audiencias, e remettiam os negocios mais importantes

ao julgamento do rei. As sentenças que proferiam não eram motivadas, tal qual no Egypto.

O casamento fazia-se pela compra da mulher, que nem por isso ficava escrava do marido. Ao contrario a condição della era, na familia, das mais respeitaveis, tanto assim que apesar de admittida a polygamia, no lar só podia haver uma esposa legitima. Já vimos pelo *Avesta* que era permittido o casamento entre irmãos e irmans; devemos agora confirmal-o, adduzindo que o incesto era tambem tolerado na linha recta.

Havia cinco especies de casamento na Persia: 1ª o *Shah-Zan* ou casamento de moça solteira que se tornava esposa legitima; 2ª o *Yogan-Zan*, na qual a mulher estipulava que seu primogenito não seria considerado como filho de seu marido mas sim de seu pae ou de seu irmão; 3ª o *Satar-Zan* em que se estabelecia a mesma condição em proveito de um terceiro não parente e mediante uma certa quantia; 4ª o *Çakir-Zan*, ou casamento com uma viuva; 5ª, o *Khodask-Râi-Zan* ou casamento de uma mulher que se esposa contra a vontade de seus paes.

A adopção era frequente e effectuava-se com um ceremonial todo militar, pela tradição das armas. Mas ao contrario do Egypto e da India, a Persia não usava da adopção para substituir o testamento. Este era conhecido, bem como a tutela. A successão *ab intestato* dava-se sendo os bens igualmente repartidos entre os filhos, as filhas não casadas e as esposas. Quanto ás filhas casadas o dote (pois que o dote existia e era constituido em regra pelo pae da nubente) que ellas haviam recebido era considerado como o equivalente da parte que poderiam pretender na successão.

O regimen da propriedade tinha como na India evoluído quasi completamente; o dominio revestia um caracter individual, em que pese a d'Aguanno, que neste assumpto nos parece muito suggestionado por idéas preconcebidas. A propriedade immovel não podia ser transferida

senão por acto escripto. Conhecia-se por outro lado a prescrição acquisitiva depois de um praso de quarenta annos.

Em materia de obrigações são quasi nullas as indicações que temos. A este respeito ha sómente a notar o singular costume, ainda modernamente constatado por S. Maino, de ir o credor jejuar a porta do devedor em mora — costume que, aliás se encontra tambem na India e que nos esquecemos, de mencionar em occasião opportuna. O symbolismo de tal costume é clarissimo: o credor demonstra desse modo sua intenção de ficar no mesmo lugar, sem comer, até que seja pago.

O principio da vingança do sangue e do talião era para os persas o fundamento do Direito criminal. As penas as mais rigorosas eram applicadas obedecendo sempre a tal principio. Todavia podiam não ter execução em dois casos: si o rei as commutava ou si os parentes do offendido perdoavam, acceitando uma composição em dinheiro. Eis como se passavam as cousas n'um caso de homicidio: Os parentes iam ao juiz em fortes brados, arrastando comsigo o maior numero possivel de possoas. Interrogados pelo magistrado, diziam: “nós pedimos a observancia da lei, o sangue de um tal, que matou um tal, nosso parente”. O juiz era obrigado a prometter a vingança. Mas si o homicida tinha meios para resgatar sua vida mandava tratar com os interessados por um intermediario, que lhes dizia: “Foi uma desgraça. O criminoso quer fazer-se derviche ou monge para penitenciar-se até o fim de seus dias. Que fareis vós do sangue de um miseravel cão meio morto de dor? Elle quer dar tudo o que possui no mundo; elle vos offerece tanto.” Si os parentes acceitavam a proposta o juiz nada tinha que fazer; si porém recusavam, o assassino era entregue aos parentes da victima para passar pelo talião.

Os crimes contra o Estado, como a trahição, a deserção ou recusa do serviço militar o abandono da religião nacional, eram punidos com a morte. Os outros crimes menos graves contra o Estado e as offensas physicas em geral acarretavam penas corporaes diversas, inclusive a

mutilação. Segundo attestam os rabbinos judeus o roubo era sempre punido com a pena capital, qualquer que fosse o valor da cousa roubada e houvesse ou não restituição della. Todos os membros de uma familia eram considerados solidarios na vingança do sangue de um seu parente, assim como na responsabilidade para com terceiros offendidos. Por esta razão quando um chefe de familia commettia um crime dos mais graves contra o Estado, a familia inteira era executada ao mesmo tempo que seu chefe.

A prova criminal fazia-se por testemunhas, e uma só bastava para a condemnação do criminoso. Na ausencia de testemunhas a instrucção do processo era feita pelas torturas ou pelas ordalias. Os bons antecedentes do culpado influíam favoravelmente sobre o julgamento e muitas vezes eliminavam a pena.

São estes, que ahi ficam, os traços geraes da physionomia juridica da velha patria iraniana.

VI

O Direito entre os semitas. — Hebreus e Arabes.*

§

Uma das grandes raças da humanidade, — raça a que os historiadores, ethnologos e linguistas convencionaram chamar *semitica*, e cuja linguagem, segundo Renan, revela uma psychologia identica á da estirpe aryana — foi chamada, no curso da historia, pela propria força de sua idyosincracia e de sua situação geographica, a realizar a ligação do oriente com o occidente, servindo de elo entre as velhas civilizações,

* FONTES: — E. Littré: *De la civilisation et du monothéisme chez les peuples semitiques*; E. Renan: *Histoire generale et système comparé des langues semitiques*, apud. mesm. aut.; Cesar Cantu: *Hist. Univ. ref. e ampl.* por A. Ennes; Th. Braga: *As civilizações semitas e Hist. Univ.*; Ahrens: *Encyclopedie juridique*, 2. vol.; R. Dareste: *Études d'hist. du Droit*; d'Aguanno: *Gen. e evoluz. del dir. civ.*; *Biblia, seg. a Vulgata*; C. Bevilaqua: *Legislação comparada* (2ª edição); Eschbach: *Introduction générale à l'étude du Droit*.

fundadas sobre o empirismo e artes industriaes, e as novas civilisações, fundadas sobre a sciencia.

“Diffluindo da Arabia, (diz Th. Braga) estabelecendo-se no Golpho Persico, subindo o Euphrates e fundando a civilisação assyrio-babylonica, entrando na Syria, onde propaga as idéas religiosas do Egypto, alargando-se pelas costas do Mediterraneo, fecundando a Grecia, descendo á Ethiopia, civilisando a Africa septentrional, penetrando no occidente da Europa, onde inicia os progressos metallurgicos; a raça semita prepara na Italia, na Hespanha e nas Ilhas Britanicas os caminhos para a implantação da grande raça arica, a quem devia pertencer a corôa da civilisação moderna.”

A um tronco ethnico de tal ordem não é possivel recusar a homenagem das nossos referencias e do nosso estudo, na parcialidade que nos occupa. Demais, os semitas não foram sómente uma raça cosmopolita, viajora e commerciante; foram uma raça creadora, cujo genio contemplativo, reflexo dos desertos do paiz de origem, ascendeu muito cedo á concepção superior do monotheismo, fornecendo ao mundo os tres grandes reveladores que se chamaram Moysés, Christo e Mahomet, e as duas poderosas religiões que, ao lado do Brabmanismo e do budhismo ainda hoje dominam a quasi totalidade dos homens — o christianismo e o islamismo. Não é que nós sejamos do numero dos que, a semelhança de Ernest Renan, pensam que as “grandezas e aberrações do polytheismo foram estranhas aos semitas.” Littré oppoz ponderosos embargos á opinião do citado sabio francez e após elle muitos outros autores amontoaram factos e argumentos provando que as duas primeiras manifestações do theologismo, o fetichismo e o polytheismo, existiram, sufficientemente caracterisadas, entre os representantes da familia semitica. Hoje é cousa liquida este ponto e para além da phase fetichista conhecem-se os nomes dos numerosos deuses e deusas que eram adorados na Syria ou Phenicia, na Chaldéa, em Babylonia, na Assyria. A historia desses paizes está cheia de sumptuosas e, por vezes, pavorosas ceremonias cultuaes realisadas em honra de *Baal*, *Bel*, *Moloch*, *Zegreus*, *Eliun*, *Tammuz*, *Asturte*, *Salaambô*, *Ashera*, etc. Isto, porém, apenas prova que a lei da evolução mental é inilludivel entre individuos e povos. E

assim o valor da raça semitica não diminue, com ter sido ella successivamente, embora rapidamente, fetichista e polytheica. Accresce dizer que os dois principaes esgalhos do ramo ethnico em questão — hebreus e arabes — foram aquelles em que menos se accentuaram os estádios theologicos iniciaes. E' delles, exclusivamente, que nos occuparemos, pondo de lado os diversos povos mais ou menos mesclados que são conhecidos pela denominação de kuscleito-semitas e que tiveram a sua maior expressão social nos velhos e grandiosos imperios chaldeu-babylonio e assyrio.

§

Hebreus. — Principiemos por dizer que a denominação de *hebreus* é equivalente ás de *israelitas* e *judeus* que são usadas por muitos escriptores indifferentemente, mas que, designando de facto um só e mesmo povo, correspondem entretanto a epochas diversas da historia desse povo. *Hebreu* (que significa *o da outra margem, do lado de lá*) foi o nome dos creadores do jehovismo quando, tendo sahido de Hur e transposto o Euphrates, estabeleceram-se em Harran. E' o periodo abrahmida, que, segundo Renan, revela-se nullo em cultura intellectual e noções politicas. *Israelita* chamou-se o mesmo povo quando as varias tribus submetteram-se a Jacob e instituiram o culto dos *heloius*. Este periodo comprehende o colonato egypcio, o exodo, a fixação em Canaan e o subsequente estabelecimento da realleza. *Judeu* foi uma denominação posterior, proveniente do nome da tribu de Judá e respectivo reino. A julgar pela importancia juridica de cada uma dessas phases deviamos fallar neste capitulo de um *direito israelita* e não de um *direito hebreu*. A questão, porém, de mais ou menos exacta denominação não nos preoccupa nem póde influir sobre o nosso estudo, visto ser de uma superficialidade visivel.

Como todos os povos primitivos, onde religião, politica, moral e direito surgiram crystalisados em um complicado synchretismo, os

hebreus tiveram o seu código sagrado, em que o verbo do legislador-vidente deixou definido o regime rígido da vida individual e colectiva, calcado sobre mandamentos divinos. Esse código foi o *Pentateuco*, isto é a colecção dos cinco primeiros livros da Bíblia, ou melhor do *Antigo Testamento*¹. Ahi está resumido o direito hebraico, tal qual foi durante toda a existência nacional do respectivo povo. Exponhamol-o em suas linhas geraes, deixando para depois o estudo das modificações subsequentes, contidas na *Mischna* e nos dois *Thalmuds* de Palestina e de Babilônia.

O direito publico dos hebreus, segundo as vagas indicações da Bíblia, pode ser delineado em poucos traços. O governo das famílias e das tribus pertenceu successivamente aos patriarchas, juizes e reis, com poderes apenas limitados pelas injunções moraes e religiosas do monotheismo mosaico. A lei era a palavra de Deus interpretada pelo revelador e por seus successores na direcção do povo eleito. Assim o patriarcha, o juiz ou rei era o supremo executor e julgador, segundo a palavra divina. O povo era, pois, o rebanho passivo como nas outras nações antigas do Oriente. Entretanto a consciencia juridica dos israelitas, alargada pelos principios altamente humanitarios consagrados no *Decalogo*, afastou-os singularmente da constituição dos outros povos, eliminando o regime das castas e demais instituições correspondentes. Assim o elemento sacerdotal preponderante agia como simples classe mental e moralmente superior, não como casta hermetica. Dahi a importancia relativa que os hebreus ligavam aos direitos das pessoas, como se verifica pelos textos que limitavam o captivo a 6 annos, que

¹ *Pentateuco* é uma palavra de origem grega que corresponde em hebraico a *torah* (a lei). O *torah* era a *micra* (leitura) dos hebreus e é o *biblos* (livro por excellencia) dos christãos. Os livros do Pentateuco têm as seguintes denominações: *Genesis*, *Exodo*, *Levitico*, *Numeros*, *Deuteronomio*, a que correspondem, em hebraico, estas outras: *Berechit*, *Elle chemot*, *Vaicra*, *Bamidbar*, *Elle hadebaim*.

Não entramos na questão de saber si a *Biblia* foi redigida por Moysés. Este terá sido um individuo, um symbolo, uma evehmerisação de certos mythos? Não é nossa obrigação discutir a respeito. Ditada ou escripta pelo judeu *salvo das aguas* ou pelo escriba Esdras, como alguns pretendem, a verdade é que nella está contido o conjuncto de idéas, isto é, de crenças e de regras de conducta social, que é attribuido ao chamado povo de Deus.

mandavam respeitar a pessoa do estrangeiro amigo, que estatuiam a personalidade do crime e das penas, etc.¹

Mais rico do que o publico é o direito privado hebraico, embora, segundo Dareste, elle se reduza a um pequeno numero de regras que não revelam um conjuncto systematico e que nada teem de absolutamente originaes.

O casamento por compra ou pelo rapto (este menos frequente) era o modo geral de constituição da familia hebraica. A este modo, mencionado nos livros do *Genesis* e dos *Juizes*, o *Deuteronomio* accrescenta um outro — especie de concubinato legal entre um homem livre e uma mulher escrava. O casamento entre parentes proximos era prohibido; não o era, porém, a polygamia. Praticava-se largamente o divorcio á vontade do marido e apenas com a formalidade de uma declaração escripta do repudio. Consagrava também a lei a instituição da *leviração* ou *levirato*, — uso que temos encontrado entre quasi todos os povos até aqui estudados.

O respeito á personalidade humana, á que alludimos acima, e os preceitos de caridade e amor ao proximo limitavam muito o patrio poder entre os judeus. Só excepcionalmente encontramos no *Antigo Testamento* casos de immolação de filhos á Divindade, e ainda assim taes immolações não podiam ser feitas a idolos como Moloch. O *Levitico* é expresso a este respeito. Outro sim não podiam os paes entregar á prostituição as filhas e só tinham o direito de dar a morte a um filho desobediente depois de queixa commum dos progenitores e em seguida a um julgamento. Entretanto ha na Bíblia casos de venda dos filhos pelos paes.

¹ O direito publico dos hebreus teve tres phases successivas e differentes: até a morte de Moysés foi o de um governo patriarchal absoluto, espirital e temporalmente; depois da conquista definitiva da Palestina por Josué foi o de uma democracia federativa, cujos poderes eram o *grande sanhedrim* ou Senado e o *schophet*, chefe executivo e judiciario, encarregado da administração publica e da suprema applicação da lei. Por fim, no tempo da realeza, foi o de uma monarchia religiosa e politica, cujo chefe absorvia todos os poderes sociaes.

Tambem, como já fizemos notar, e pelo mesmo motivo que a dos filhos, a condição dos escravos era relativamente benigna, entre os hebreus. Cahiam em escravidão os devedores insolvaveis, os criminosos de furto, os que se vendiam voluntariamente ou os que eram vendidos pelos proprios paes. Si senhor e escravo eram hebreus, o captiveiro durava apenas 6 annos conforme dissemos acima; si o senhor era estrangeiro e o escravo era hebreu, este podia resgatar-se, e quando o não fazia era posto em liberdade no dia do *jubileu*¹. Sómente para o escravo estrangeiro o captiveiro era perpetuo.

Os primitivos usos dos judeus negavam ás filhas o direito de successão; o direito mosaico, porém, deu-lhes esse direito, na falta de filhos varões. O primogenito percebia uma parte dupla na successão do pae, sendo mais acertado dizer que, por lei, *devia perceber*; porquanto, de facto, nos casos de partilha em vida o pae aquinhoava melhor este ou aquelle filho que preferia, fosse elle nascido do casamento ou concubinato, fosse mais velho ou mais moço. O *Genesis* offerece exemplos desses factos. Na falta de filhos e de filhas a successão era defirida aos irmãos e depois aos tios paternos, seguindo-se a estes os mais proximos parentes.

Não ha vestigios da existencia do testamento entre os israelitas, e outro tanto se póde e deve dizer da adopção, instituto entre muitos povos substitutivo daquelle. Não assim com relação ao dote, de cuja instituição encontramos abundantes provas em varios trechos da Biblia. Em geral a filha recebia do pae por ocasião do casamento, o equivalente da parte que teria na successão, — de que era em regra excluida, como vimos.

¹ O *jubileu* era uma festa nacional, de character religioso, que se realisava de 50 em 50 annos. Era a festa do descanso e das reivindicações para os homens o para as cousas. No anno jubilar não só eram restituídos á liberdade os escravos e restituídos aos seus primitivos donos as terras alienadas, como tambem deixava-se repousar a terra pela suspensão temporaria dos trabalhos agricolas. Além do anno do *jubileu*, festejavam os judeus o anno *sabbatico*, que era um pequeno *jubileu* realisavel de 7 em 7 annos. No anno *sabbatico* não sómente se deixava de lavar o semear a terra, como eram considerados remidos todos os debitos.

O instituto da propriedade tinha, no direito israelita, uma *physionomia* toda particular. A propriedade mobiliaria era individual e alienavel, como é a regra entre todos os povos, mesmo os mais atrasados. Não assim a propriedade immovel, ou melhor, territorial. Esta era sujeita a um certo numero de regras restrictivas, de caracter bastante singular. O livro do *Genesis* e o dos *Numeros* nos relatam como, segundo as ordens de Jeovah, foram destribuidas as terras de Canaan entre as tribus e familias do povo eleito, transformado de parte em agricultor quando se fixou no *Paiz da promissão*.

Uma vez repartidas as terras a communhão familiar era a regra precipua do dominio. Mas não ficava ahi; a propriedade territorial era inalienavel em absoluto, ficando qualquer venda de immovel rural sujeita á clausula do resgate pelos membros da familia vendedora. E dado mesmo o caso de que se não effectuasse esse resgate, a que os juristas francezes dão a denominação de *retrait lignager*, a revogação das vendas se fazia, de pleno direito, de meio em meio século, por ocasião da festa do *jubileu*. Por essa epocha cada familia reentrava no dominio e posse dos bens alienados. De tudo isto conclue-se que o contracto de compra e venda, no direito hebraico, era antes uma figuração toda original do contracto de penhor do que um meio de transmissão alienatoria dos bens. Dareste, referindo-se a este ponto, diz positivamente: “quanto á venda, não é, na mór parte dos casos, senão um contracto pignoraticio”.

Além do de venda os contractos geralmente usados eram o emprestimo, a locação de cousas e de serviços e o deposito, sendo absoluta e expressamente prohibida a usura. Quanto ás acções instituidas para garantia da propriedade e dos direitos contractuaes, tomavam quasi todas as formas de procedimento: criminal, promovido perante os *Anciãos*

ou juizes que eram encontrados ás portas das cidades e que ahi dirimiam as contendas.¹

Passemos ás instituições criminaes e penaes do chamado povo de Deus.

Uma analyse, mesmo ligeira, do *Pentateuco* é sufficiente para mostrar que o primeiro estadío penal dos hebreus durante o periodo pastoral foi o da vingança privada ou pessoal inspirada no talião² e tendo como succedanea a composição pecuniaria. O primeiro e supremo legislador, isto é Moysés, foi quem substituiu o regimen anterior pelo da vingança social e prohibiu terminantemente o pagamento do preço do sangue. (*Numeros*, XXXV, 31) E' entretanto certo que a composição pecuniaria perdurou em certos casos criminaes, mesmo após a prohibição mosaica.

O vingador do sangue era, segundo a lei, o parente mais proximo do morto; a elle cabia o dever de perseguir o criminoso, de apresental-o aos juizes, fazendo depor duas testemunhas, e de executar a sentença, dado o caso de condemnação. O assassinato involuntario, porém, não era punido si o criminoso se asylava em uma das seis cidades de refugio situadas ás margens do Jordão.

O mechanismo penal do direito israelita quasi que se reduzia a uma peça única — a pena de morte. Ella era applicada constantemente aos crimes de homicidio, idolatria, adulterio, blasphemia, e em geral a todos os crimes contra os costumes. A prova do acto delictuoso fazia-se por testemunhas, podendo algumas vezes o accusado justificar-se por meio de juramento. Quanto á prova do *juizo de Deus*, sómente era ella

¹ A organização judiciaria vigente, na Palestina, até a epocha da realza era a seguinte: tres tribunaes collectivos, representando tres grãos de jurisdicção e chamados *tribunal dos 3*, *tribunal dos 23* e *Sanhedrim* ou Senado. A' porta de cada cidade tinha sede um *tribunal dos 3* acompanhado de um juiz do *tribunal dos 23* (quando a cidade continha mais de 120 familias). Este delegado dos 23 decidia em grão de appellação.

² O livro do *Exodo* (XXI) consagra o celebre principio: *olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé*, etc.

usada quando se tratava de uma mulher suspeitada de adulterio, não havendo testemunhas que depozerem a respeito.

Ahi ficam, em traços largos, as instituições juridicas dos hebreus, segundo a fonte biblica. Assignalemos agora algumas das principaes modificações posteriores, de que nos dão conhecimento a *Mischna* e os *Thalmuds*, dizendo primeiramente alguma coisa sobre estas outras fontes da materia de que nos occupamos.

Mischna é o nome de uma especie de *Institutas* do direito hebraico, redigidas, um seculo após a conquista romana e a destruição do templo de Jerusalem, pelo judeu Babbi Jehuda. Este trabalho de codificação e doutrina foi, desde o seu apparecimento, adoptado por toda parte em que existiam nucleos de população israelita, e, especialmente em Palestina e Babylonia, onde se tornou objecto de commentarios e desenvolvimentos numerosos e notaveis, por parte dos *rabbins* ou doutores judeus. Taes commentarios adqueriram no correr dos tempos valor semelhante ao das *responsa prudentium* da legislação romana, e assim forneceram materia a dois outros codigos hebraicos: — o *Thalmud de Palestina* e o *Babilonico*, sendo o primeiro redigido em fins do seculo IV e o segundo em principios do V seculo.¹

Fallando da *Mischna* e dos dois *Thalmuds* diz o sabio autor dos *Études d'histoire du Droit* que elles são “um monumento juridico de um grande importancia” e que ha nelles “uma verdadeira codificação, uma lei completa, e uma exegése que lembra a certos respeitos a dos jurisconsultos romanos.”

Todas as antigas e novas leis hebraicas estão contidas na 3^a e 4^a parte da *Mischna*, as quaes expõem os respectivos direitos civil e criminal sob os titulos seguintes: — *Das mulheres*, *Dos damnos*. As outras

¹ As citadas codificações succederam-se algumas outras menos importantes, sendo a ultima dellas o *Codigo de Karo*, cuja denominação provém do nome de seu autor, um judeu hespanhol que viveu no seculo XVI.

partes do Codigo (1^a, e 2^a, 5^a e 6^a) contém apenas as regras de religião e de moral decorrentes do *Pentateuco*. Não cabendo no nosso programma fazer um estudo completo, uma analyse detalhada da codificação de Rabbi Jehuda, limitar-nos-hemos a indicar summariamente os pontos do velho direito por ella ampliados ou modificados.

As principaes alterações feitas no direito antigo, das quaes nos dá testemunho a *Mischna*, são referentes ás relações de familia. Já ahi não encontramos como modos de casamento o rapto e a compra. A união conjugal realisa-se pelo consentimento livre da mulher e pelo das pessoas que sobre ella têm autoridade. Intervem no contracto o elemento pecuniario; mas não a titulo de pagamento, sim como um dom ou presente symbolico feito á noiva pelo futuro marido, que é obrigado a dizer na occasião da offerta: — *tú és sagrada para mim*, ou — *tu és minha esposa*.

Uma outra instituição de natureza nupcial culmina no direito da *Mischna*; é a *khetouba*: — o dote constituido á mulher pelo marido. No periodo mosaico esse instituto dotal era apenas conhecido e raramente usado. Com o correr dos tempos, porém, elle veio a ser elemento essencial e constitutivo do casamento.

A *khetouba* devia ser constituida por escriptura e a lei fixava-lhe o minimo da importancia em dinheiro, que era este: 200 *zouzes* para uma mulher solteira e 100 *zouzes* para uma viuva. A administração e livre disposição de *khetouba*, do mesmo modo que as do dote e dos bens paraphernaes da mulher, competiam ao marido, sobre cujos bens recahia hypotheca legal em garantia da esposa. Era por morte do marido ou no caso de divorcio que a mulher percebia a importancia da *khetouba*.

A proposito de divorcio devemos observar que tambem nesse ponto a *Mischna* e os *Thalmuds* modificaram a legislação anterior, concedendo á mulher, em alguns casos, aquelle direito, que

primitivamente só pertencia ao marido, como vimos. Vimos tambem que Moysés não cogitara do testamento; os novos codigos instituiram-n'ó, sem o submetter, entretanto, a quaesquer formalidades. Exigiu-se apenas para existencia e validade do testamento que houvesse uma declaração, escripta ou mesmo verbal, da vontade do testador.

O direito penal antigo foi também alterado pelas novas codificações. O talião foi quasi totalmente substituido pela composição em dinheiro. O 4º livro da *Mischna* estabeleceu, para os golpes e ferimentos, uma tarifa de indemnisações pecuniarias, segundo a qual o culpado tinha de pagar: 1º, pelo damno, 2º, pela dor, 3º, pelas despesas do curativo, 4º, pelo impedimento do trabalho, 5º, pela vergonha. Esta curiosa dynamisação do delicto e da penalidade não é, de resto, para admirar, porquanto a legislação dos rabbinos está cheia dessas subtilezas, em materia repressiva. Basta notar que a *Mischna*, ao estabelecer a responsabilidade de alguém pelos danos causados a outrem por um boi de sua propriedade, distingue: 1º, si o boi feriu com os cornos ou com os pés, 2º, si o animal era inoffensivo ou malfazejo. No primeiro caso o proprietario não pagava senão a metade do prejuizo, no segundo pagava a totalidade delle.

Bastam as amostras que ahi ficam para se poder avaliar do alcance e character do direito rabbinico ou thalmudico — o brilhante *jus honorarium* da legislação dos hebreus.

§

Arabes. — Já o monotheismo christão, filiado ao de Moysés, tinha revolucionado philosophica e politicamente o mundo antigo: já o poderoso imperio romano havia ruido, sob os barbaros, com toda a cultura polytheica que o christianismo avassalara; quando a raça semita lançou ao mundo um outro revelador de verdades theologicas, um novo fabricante de dogmas religiosos. Referimo-nos a Mahomet ou Mafoma, o

mystagogo arabe apparecido no seculo VII como portador da doutrina do islamismo ou da salvação, — doutrina monotheica baseada no mosaismo, temperada de christianismo e enxertada de um certo numero de idéas e praticas agnosticas.

Não teriamos razão para occupar-nos dessa outra manifestação do genio religioso dos semitas, si os dogmas fundamentaes do islamismo não houvessem transposto o ôoro intimo das tribus arabes que soffreram o ascendente moral de Mahomet. E' sabido, porém, que a nova religião fez-se instrumento de conquistas e de fundações politicas importantes, dando nascimento a uma organização juridica peculiar, nos varios pontos dos continentes em que troou o verbo do propheta e refulgiu o alfange dos kalifas.

Vejamos, pois, quaes as fontes e os institutos da alludida organização juridica, que, segundo affirma Sawas Pachá, é digna da attenção dos historiadores e dos philosophos de todos os paizes.

Do mesmo modo que a *Biblia* é o livro fundamental do direito hebraico, o *Al Koran* ou *Koran* o é do direito musulmano ou arabe, dando-se até a circumstancia de significarem a mesma cousa (*livro ou leitura por excellencia*) as palavras *biblos* e *koran*.

Assim é no *Koran* que acharemos os principios basicos da legislação que vamos ligeiramente esboçar;¹ porque sendo elle ao mesmo tempo o livro da crença e o do direito, a observancia dos preceitos juridicos é nas suas paginas imposta como um dever religioso. Note-se, porém, que muito propositalmente só attribuimos ao *Koran* "os principios basicos" do direito islamico, e não o direito musulmano ampliado, enriquecido e mais ou menos systematisado, que nos releva ainda hoje a aptidão juridica dos arabes. Este ultimo foi o desdobramento natural do

¹ O *Koran* é dividido em duas partes: *Iman* (doutrina da fé) e *Diu* (doutrina moral). Ambas subdividem-se em capitulos (*sura*) e versos ou versiculos (*ajat*.)

primeiro, e só pelo esforço dos doutores e professores do Islam sahiu do quadro resumido e incompleto que lhe era assignado no *Koran*.

Foram com effeito os jurisconsultos arabes que crearam o verdadeiro direito musulmano, tomando por base o velho direito nacional acceito com modificações por Mahomet, e desenvolvendo-o largamente pela introduccção de novos elementos respigados nas leis judaicas e christans.

Dada a fuga de Mahomet e seus sectarios de Méca para Medina (a cidade do propheta), ou antes, realisada a *hégira*, que ficou sendo a base do kalendario arabe, começou o trabalho de desenvolvimento scientifico do *Koran*. O proprio Mahomet iniciou-o, proferindo e colleccionando as *hadits*, especie de sentenças ou decisões obrigatorias entre os arabes. A collecção definitiva ou codificação de taes sentenças, feitas já pelos successores do propheta no 2º seculo da *hégira*, constituiu a *Sunnah* (tradição).

Foi o estudo exegetico da *Sunnah* que deu logar ao desenvolvimento e systematisação scientifica do direito islamico, pelos *ulemas* (os homens versados no direito, os jurisconsultos). Quatro destes mestres de jurisprudencia foram os verdadeiros creadores do direito musulmano: Abu Hanifat, Malek, Chaféi e Hanbal, cada um dos quaes fez escola. E tão brilhante foi a agitação juridica produzida nesse periodo (seculos VIII e IX), que Dareste a compara á que teve logar em Roma no tempo das controvérsias entre sabinianos e proculeianos, fazendo observar que, como o direito romano, o Islam teve as controversias dos *hanefitas*, *malékitas*, *chafeitas* e *hanbalitas*.

Desta vasta elaboração scientifica e doutrinaria alguma coisa de pratico devia surgir como complemento da *Sunnah*; surgiu, com effeito, a *Idjma*, — collecção ou compilação das sentenças, decisões e opiniões dos quatro chefes de escola e dos respectivos discipulos.

O *Koran*, a *Sunnah* e a *Idjma* são, pois, as tres grandes fontes do direito musulmano, cujas linhas geraes passamos a traçar.¹

E' bem de ver que a ferrenha organização politico-religiosa das tribus arabes não lhes podia fornecer um direito publico amplo e rico. Direitos políticos apreciaveis não os podem ter povos subjugados por autoridades espiritual e temporalmente absolutas, e individuos dominados pela obsessão do *fatalismo*. A este respeito, portanto, podemos quando muito referir-nos á organização judiciaria, ao processo e ao direito penal dos musulmanos. E como pouco ha a dizer mesmo em relação a esses institutos, fallaremos em primeiro logar dos de direito privado.

A primeira cousa a notar é que com relação á capacidade juridica, e isso quer no direito publico quer no privado, a lei de Mahomet estabelece differença formal entre musulmanos e não musulmanos, sujeitando estes a disposições especiaes em materia de imposto, de penalidade e de propriedade. Nada mais natural em uma legislação baseada sobre a intolerancia religiosa.

O molde geral da familia islamica é o polygamico; o arabe póde ter quatro mulheres legitimas e ter além disso um numero illimitado de concubinas. Alguns escriptores pretendem mesmo que entre os antigos arabes são facilmente encontrados vestigios de uma polyandria primitiva. Entretanto a instituição do levirato não faz parte do direito musulmano.

O casamento arabe, anteriormente ao advento do islamismo, era contrahido sob a fórma de venda e ordinariamente tinha uma duração temporaria. A mulher passava a fazer parte dos bens comprehendidos na successão. O *Koran* porém dispoz que a mulher devia dar o seu consentimento expresso ou tacito para a união, declarou-a proprietaria do

¹ Algumas outras fontes secundarias existem; são ellas varios manuaes ou livros destinados ao ensino. As mais notaveis dellas são: o *Multeka*, de Ibrahin Halebi e o *Mukhtacar*, do ulema egypcio Khalil. Todas as fontes citadas servem apenas para o direito musulmano orthodoxo; os heterodoxos *schiiitas* discipulos de Ali, repellem a *Sunnah* e a *Idjma*, baseando-se apenas no *Koran*.

dote ou presente nupcial, concedeu-lhe a conservação e gozo dos seus bens particulares e isentou-a de qualquer autorização do marido para a pratica de actos juridicos.

O principio da perpetuidade da união conjugal é proclamado, mas somente em these; o divorcio é permittido e é tambem permittido aos divorciados tornarem a unir-se até nove vezes.

Consagram as leis musulmanas a dupla successão testamentaria e legitima, sendo a primeira com a condição de só dispor o testador da terça parte de seus bens. O testamento póde ser feito verbalmente ou por escripto em presença de duas testemunhas. A ordem de successão estabelecida por Mahomet para a legitima ou *ab intestato* é realmente curiosa e original. Querendo dar ás mulheres um direito de successão que até o seu tempo ellas não possuíam, creou o propheta duas classes de herdeiros: uns com direito a uma *parte legal* da herança; outros com direito á herança inteira, mas sem prejuizo das *partes legaes*. Estas partes pertenciam, conforme os casos, ou ao marido, ao pae e avô paterno, ou á viuva, a mãe, á avó materna e á filha, á irmã, etc. Após os herdeiros de partes legaes veem os herdeiros simples pela ordem seguinte: descendentes, ascendentes e collacteraes succedendo cada um por cabeça e cada gráo excluindo o seguinte. Em falta de herdeiros a successão pertencia ao patrimonio dos pobres: — o *beít el mál*.

O *Koran* não admitte a adpoção. Admitte, entretanto a escravidão. Comtudo o casamento dos escravos é reconhecido pela lei e produz effeitos civis. Também é permittido ao escravo pactuar com o senhor o seu resgate.

O instituto da propriedade apresenta, no direito islamico, um character especial, mixto de collectivismo e individualismo. Si por um lado o *Koran* dá varias vezes a entender que a terra é commum porque pertence a Deus, e estabelece o *cheffa* ou resgate de indivisão; por outro

lado textos expressos nos mostram que o direito musulmano proclama como fundamento do dominio a occupação individual fundada sobre o trabalho. Parece que a differença provém das diversas situações sociaes do povo arabe: onde este se estabeleceu organizado apenas em tribos predominou o regimen collectivista; o contrario deu-se onde as tribos constituíram uma nacionalidade politicamente organizada.

A prescripção acquisitiva não era conhecida dos arabes; o respectivo direito estatue que a reivindicação da propriedade é sempre possivel. Isto quer dizer que a posse, a posse longa, a posse de bôa fé, não existem no direito musulmano como titulo de dominio.

Os contractos mais geralmente conhecidos pelos fieis do *Koran* são a venda propriamente dita, a troca, o cambio de moedas, a locação, a venda a termo, (*salam*), o caucionamento e o penhor. Este ultimo era mais um meio de prova do que um contracto como hoje o temos. A hypotheca, a usura e em geral os contractos aleatorios são desconhecidos ou prohibidos pelo direito islamico. Escriptura ou testemunhas não são exigidas para prova dos contractos se não tratando-se da venda a termo e do casamento.

E' ao tratarem do contracto de venda que os jurisconsultos musulmanos erigem a sua theoria das obrigações. Além das obrigações religiosas cultuaes subdivididas em obrigações universaes e parciaes, expõem elles tres classes de obrigações: as que derivam de um facto ou delicto e independem da vontade das partes, as que nascem da vontade de uma só das partes, e as que se originam do accordo de duas vontades. O objecto, o consentimento e a capacidade são os elementos constitutivos de todo contracto.

O direito penal dos arabes consiste principalmente em um systema de reparações ou composições pecuniarias. E' o regimen do preço do sangue, substitutivo do da vingança privada, tal qual o vimos já entre

outros povos. O homicidio e as offensas *physicas* são tarifados conforme a intensidade do delicto e a condição das pessoas offendidas. Assim o preço do sangue (*día*) é para uma mulher a metade do de um homem, para um pagão a decima-quinta parte.

As outras infracções da lei criminal são punidas com penas differentes. O ladrão, por exemplo, é condemnado, pela primeira vez, a perder a mão direita, pela segunda a perder o pé esquerdo, e da terceira vez é condemnado á prisão. A rebellião e a apostasia acarretam a pena de morte, com confisco dos bens no caso de apostasia. O réo de adulterio soffre a lapidação, uma vez provado o delicto pelo depoimento de quatro testemunhas de vista e pela confissão do culpado. Quarenta açoites é o minimo da pena pura o individuo que infringe o preceito de não beber vinho.

A organização judiciaria entre os musulmanos é simplissima. A justiça é destribuida, quer no cível quer no crime, pelo *kadi*, juiz singular, de nomeação do soberano, que julga em primeira e ultima instancia e que não póde ser destituido sem motivo justo. O *kadi* póde ser assessorado por um ou alguns *muftis* ou *ulémas* (jurisconsultos ou doutores notaveis) mas a responsabilidade da sentença só a elle cabe.

O processo, criminal ou civil, segue esta marcha rapida e linda formalistica: citadas as partes, comparecem ellas em pessoa perante o *kadi*; explicam-se verbalmente; produzem suas provas. O julgamento é proferido *in continenti*. A confissão, as testemunhas e o juramento são os meios legaes de prova; os documentos escriptos não tem valor se não quando confirmados pelas partes ou testemunhas.

Tal é a physionomia geral do direito mulsumano, estudado no *Koran*, na *Sunnah* e na *Idjma*.

VII

A vida juridica na Grecia antiga.*

§

Avisinhamos-nos do Occidente. Para traz ficaram as aguas sagradas do Ganges, o delta fecundo do Nilo, as planicies perfumadas e risonhas da Mesopotamia. Desaparecem, ao longe, no horisonte, os cimos nevados do Hymalaia, as cumiadas pensativas do Libano e as arestas rijas das pyramides, dominadoras dos desertos circumjacentes.

Effectuamos a viagem do sol, que foi a mesma dos avós, que foi a mesma da Historia. E o primeiro pouso que se nos depara é a Grecia, a pequena peninsula do Mediterraneo, — jardim prodigioso que a natureza preparara para a floração suprema do genio aryano.

Já tivemos oportunidade de explanar a theoria geralmente recebida da origem commum dos chamados povos indo-europeus ou indogermanicos. Vimos que geographos, historiados e linguistas, são hoje accordes em admittir que a grande raça aryca, primitivamente acampada na Asia central, dividiu-se n'uma epocha indeterminavel, em dois grandes grupos: o iraniano e o aryano, o segundo dos quaes subdividiu-se em ramos, que emigraram do *habitat* dos antepassados para os lados do occidente. É agora occasião de completar as indicações então feitas.

Foram em numero de cinco as correntes ethnicas que passaram da Asia á Europa, trasendo comsigo a bagagem psychosociologica dos nossos antepassados. Uma dessas correntes — a primeira, provavelmente) a sahir da patria primitiva — foi directamente do Caucaso á extrema occidental da Europa, fixando-se na Gallia, na peninsula iberica

* FONTES: — G. Carle: *La vita del Diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*; Fustel de Coulanges: *La cité antique*; O. Martins: *Raças humanas e civil. primit.*; d'Aguanno: *Gen. e evol. del Dir. Civ.*; Eschbach: *Introduction gen. à l'étude du Droit*; Ahrens: *Encyc. Jur.*; Letourneau: *Evolut. jur.*; Victor Duruy: *Histoire des Grecs.*; Delacroix: *Constitutions de l'Europe et de l'Amer.* vol. 1º.

e na Grã-Bretanha e Irlanda. É a familia dos celtas. Tres outras correntes seguiram-se á primeira. Estas tomaram rumos diversos, seguindo duas para o sul e uma para o norte e centro. São os helenos, os italos ou latinos e os germanos. Veio então a ultima leva de aryanos, que procurou principalmente as partes oriental e septentrional da Europa. É a familia dos lithuano-slavos.

É da corrente grega ou helenica que temos de nos occupar neste capitulo, deixando de parte, por estranhas ao nosso programma de estudo, as questões relativas a existencia e origem dos primitivos *pelasgos* — o povo que, segundo as lettras classicas, formou o strato basico da formação ethnica da Grecia.

Principiemos salientando uma dupla circumstancia, que supomos de alcance largo e fecundo: A Grecia não nos apparece apenas como uma estação geographica intermediaria entre as costas do Egypto e da Mesopotamia, por um lado, e as da Italia, por outro; apparece-nos tambem como fecundo élo social e politico entre as civilisações trans e cis-mediterraneas, isto é, entre as conquistas moraes e materiaes do oriente asiatico-africano e as do occidente europeu. A filiação e a continuidade historicas accentuam-se aqui claramente pela contiguidade geographica e nesta solidamente se esteiam. Si é verdade que foi das migrações provindas dos arredores do Caucaso e Mar Negro que a terra dos suppostos pelasgos recebeu o elemento colonisante dos ario-gregos, não é menos certo que foi das civilisações kamito-semitas da Asia Menor e do Egypto que os vencedores dos *pelasgos* receberam os primeiros influxos, as iniciações fundamentaes, da cultura com que depois illuminaram a Europa.

Vista por esse prisma, a *cidade*¹ helenica toma um aspecto particular, altamente suggestivo de um certo numero de considerações que ligeiramente enunciaremos.

E' bastante conhecida a divisão que H. Kenkle fez, dos povos, em *solares*, *crepusculares* e *planetarios*. Os primeiros representam o lado diurno da humanidade; os segundos o lado dilucal, matutino ou vespertino; os ultimos o lado nocturno. Esta divisão póde ser transplantada para o terreno do Direito, como em parte já fez Clovis Beviláqua, nas suas *Licções de Legislação Comparada*.

Applicando a classificação de Kenkle ao caso particular da Grecia juridica, parece-nos que a civilização helenica póde ser incluída no segundo membro da divisão. Na historia do direito a Grecia é uma nacionalidade *crepuscular*, isto é, de transição; não é creadora; é assimiladora, modificadora e transmissora. Confirma este modo de ver a seguinte phrase de Oliveira Martins: "A Grecia é um turbilhão luminoso e cahotico"...

De facto: o senso juridico não foi, de modo algum, o apanagio dos gregos. Confrontando-os com os romanos, G. Carle observou muito bem que o genio latino alliou o senso juridico á virtude militar, ao passo que o genio grego foi apenas bellicoso e philosophico. O proprio Platão, o divino, referindo-se ao espirito do povo a que pertencia assignalou apenas que era "um espirito curioso e avido de sciencia." A unanimidade de opiniões neste sentido autorisaram Eschbach a pronunciar-se nestes termos: "Entre os gregos o Direito não se elevou jamais a altura de uma sciencia especial: sua imaginação poetica e movel não se prestava á cultura de uma sciencia tão severa e tão mathematica como a Jurisprudencia; houve entre elles eminentes publicistas, mas nunca

¹ A palavra *cidade* é aqui empregada n'um sentido differente do moderno, isto é, significando *associação religiosa e politica*. Os gregos e romanos distinguiam a cidade — associação da cidade — area edificada e povoada.

jurisconsultos propriamente ditos. “É sabido, aliás, que Platão e Aristoteles consideravam o direito e a politica como simples capitulos da Ethica.

Assim, é fóra de duvida que podemos insistir em nosso modo de ver, baseado sobre a divisão de Kenkle: os helenos, que foram um *povo solar* no que respeita á philosophia e ás artes, foram simplesmente um *povo crepuscular* no tocante a intuições e instituições de Direito. A civilização grega, no ponto de vista juridico, foi a madrugada do luminoso dia romano; Spartha e Athenas foram o diluculo aureoreal do esplendido meio-dia de Roma.

Isto, porém, não quer dizer que o conjuncto do direito grego offereça a mesmissima physionomia do hindu, do chinez, do judaico ou do egypcio. Com serem uma raça desprovida de genio juridico, nem por isso os gregos importaram em bloco tal ou qual legislação estrangeira. Um povo novo, em um meio novo, assimila ou imita, modificando largamente as idéas ou institutos transplantados. E muitas vezes, depois desse processo de adaptação, reage contra os seus primitivos emprestadores de instituições. A propria Grecia fornece um exemplo disso, com as modificações legislativas introduzidas no Egypto logo após a conquista macedonia. Demais, sendo a organização politica das cidades gregas profundamente diversa da das outras nações antigas, o direito publico respectivo não podia deixar de ter um caracter proprio, especial.

E é, com effeito, pelo seu direito publico que a Grecia antiga se torna digna de nota, no curso da evolução juridica humana. Instrumento de transição entre o typo patriarchal do oriente e o typo de *cidade* que surgia sob a pressão de novos idéaes, a gloriosa Helade forneceu ao mundo uma boa parte dos thesouros que formaram o patrimonio juridico dos posteros, no que concerne ás relações de ordem publica. Podemos mesmo affirmar que o trabalho e funcções capitaes da Grecia em materia de Direito, foi dar individualidade e autonomia ao direito publico, separando-o do privado; foi separar o patrio poder do

poder publico, firmando um novo modo de "*convivencia civil e politica*" em que puderam medrar as noções de causa municipal, de causa nacional, de causa publica. E assim preparou ella o terreno para o broto auspicioso da seivosa arvore romana.

§

De todos os pequenos Estados que constituíram a urdidura social e politica da Grecia antiga, de todas as cidades esparsas nas planicies da Phocida, da Beocia, da Attica, da Megarida, da Corinthia, da Argolida, da Laconia e de Mantinéa, dois foram os nucleos de população que synthetisaram as qualidades e defeitos do ramo aryano para ali transplantado. Sparta, a cidade lacedomonica do valle do Eurotas, e Athenas, a cidade attica visinha do Hyméto e do Pentélico, foram os grandes focos politicos, cada um por sua vez hegemonico, da civilização helenica. É pois na Laconia e na Attica, ou antes, em Sparta e Athenas, que podemos encontrar a expressão juridica do genio grego. Minos, Zaleuchus e Karondas, os pretensos legisladores de Créta, da Locrida e da Grande Grecia, não têm relevo nem authenticidade historica bastantes para que nos occupemos das instituições que lhes são attribuidas. E como o spartano Lycurgo e o atheniense Solon — os dois *eupatridas* da jurisprudencia helenica — floresceram em epocha relativamente moderna, é bem de ver que não fazemos remontor nossas indagações aos tempos primitivos e heroicos do povo grego.

Penetrando tanto quanto possivel no passado desse povo com o auxilio da poesia legendaiia e épica, conseguimos distinguir duas phases do seu desenvolvimento social. A primeira é a phase da vida barbara e nomade, assignalada pela conquista guerreira do territorio e pelo subjugamento das primitivas populações nelle domiciliadas; é o tempo fabuloso de Theseu, de Hercules e de quantos heróes e semideuses a imaginação popular forjou para symbolisar as lutas e victorias dos aryo-gregos. A segunda é a phase semi-historica da fundação dos reinos e das

ciudades, após a victoria dos conquistadores; é a epocha do sedentarismo agricola e da constituição da *cidade* religiosa e politica. Este segundo periodo da historia legendaria da Grecia tem fim no seculo XII ou XI A. C. e é só nos seculos IX e VI da mesma era que apparecem Lycurgo e Solon com as respectivas obras legislativas.

Nestas, porém, e particularmente na de Sólon, encontraremos nós crystalisadas, embora já com profundas modificações as principaes instituições sociaes e juridicas dos dois primeiros periodos da evolução grega, a partir das realezas primitivas até a democracia atheniense, com as respectivas creações religiosas e politicas da familia, da patria, da tribu, da cidade, das assembléas do povo, dos anciãos, etc.

Passemos, portanto a examinal-as

SPARTA — É por intermedio dos autores classicos gregos e romanos, depositarios não de documentos escriptos sim de meras narrativas tradicionaes, que podemos reproduzir as linhas principaes da organização juridica da Laconia, ou mais propriamente da *cidade* lacedemonia. As leis de Sparta nunca foram escriptas, e basta isto para dificultar um estudo completo e exacto da materia. Por outro lado o proprio legislador sparciata é uma individualidade sobre a qual os historiadores projectam grandes sombras de duvidas e de contradições. Plutarcho, por exemplo, affirma convictamente que “nada se póde dizer de certo sobre Lycurgo, sendo diversamente relatadas sua origem, suas viagens, sua morte, suas leis e mesmo a forma de governo que elle estabeleceu.”¹

O que é, comtudo, geralmente admittido é que Lycurgo, homem de sangue real e de alta intelligencia, nascido em Sparta no seculo IX, foi n’um certo periodo de sua vida publica, obrigado a exilar-se,

¹ Segundo os mais autorizados historiadores modernos parece que a obra legislativa de Lycurgo foi elaborada n’uma dada epocha do Reinado de Teleklos, 8º rei de Sparta, ao tempo em que occupava o outro throno o rei Chariláos, pertencente á dynastia dos proklidas e sobrinho de Lycurgo.

por motivos de ordem politica. Refere a tradição que o nobre sparciata aproveitou o tempo do exilio para cultivar seu espirito e reforçar suas aptidões politicas viajando por Creta, pelo Egypto e pela India, cujas instituições estudou profundamente. Voltando ao seu paiz, após dezoito annos de desterro e de estudos, solicitaram-lhe os conterraneos sua intervenção para a restauração do bem publico, gravemente prejudicado pelo mal estar proveniente da desigualdade das fortunas entre os lacedemonios. O recém-vindo accedeu, e, depois de ouvir o oraculo, que se lhe mostrou benigno, metteu hombros á empresa, que consistiu, ao ver de um historiador moderno, no seguinte: “fazer reviver, coordenando-os, antigos costumes, precisar o que era vago, completar o que era imperfeito, e formar de elementos esparsos mas vivazes um corpo de leis rigorosamente encadeiadas.”

O legislador sparciata surgiu no solemne momento historico em que se effectuou a primeira revolução das que agitaram o mundo politico-juridico formado e dirigido pelos aryo-gregos.

Houve na Grecia, como em Roma, tres movimentos sociaes e politicos que determinaram outras tantas situações juridicas da sociedade occidental. Foram elles o dos patricios ou nobres contra a realeza, o dos clientes contra os patronos e o da plebe contra os patricios e clientes. No primeiro os reis antigos foram despojados de sua autoridade politica, ficando reduzidos ao papel de meros chefes religiosos; no segundo os clientes ou servos, homens de inferior condição ligados ao patrão ou patricio pelo culto domestico, fizeram-se eguaes dos seus superiores conquistando o direito de propriedade sobre a terra; no terceiro a multidão que não tinha culto nem direitos conseguiu uma religião e leis equalitarias, ascendendo ao nivel dos outros elementos sociaes.

Lycurgo appareceu na passagem do primeiro para o segundo desses movimentos. Foi elle o representante do pensamento dos patricios nobres contra a dictadura real. Da familia patriarchal e do culto domestico

tinha sahido o rei-pae soberano entre os paes e supremo ministro da religião. Era preciso limitar e diminuir essa autoridade oppondo-lhe os magnatas das familias, phratrias e tribos constitutivas da cidade. Foi o que teve em vista o tio de Chariláos com a legislação que formulou.

Desenhemos os raios principaes dessa construcção, que não chegou inteira até nós, mas cujos fragmentos nos demonstram que foi erigida para abrigo de uma sociedade aristocratica e guerreira, em que o culto da força era tão grande como o culto dos deuses.

Lycurgo, acceitando e systematisando os usos em vigor, deu a Sparta a seguinte organização politica; uma *Assembléa popular*, um *Senado* (*Gerontia*) e uma *Realeza* confiada a dois reis — o que só por si prova que o governo sparciata era monarchico apenas nominalmente.

Realeza, Senado e Assembléa do Povo exerciam sua autoridade o attribuições sobre cerca de 30,000 *dorios*; 120,000 *periécos* e 240,000 *ilótas*,¹ dos quaes só os primeiros, isto é, os dorios, tinham direitos politicos e podiam gosar do titulo de cidadãos.

A Assembléa popular era composta de todos os cidadãos sparciatas maiores de 30 annos. Em regra reunia-se mensalmente, na epocha do plenilunio, e tinha como principal attribuição approvar ou regeitar (o que era feito quasi sempre sem discussão) os projectos formulados pelo Senado ou pelos reis. A essa attribuição veio juntar-se posteriormente a de julgar os crimes politicos, sobretudo os dos reis, quando accusados pelo Senado. As votações faziam-se por acclamação ou separando em dois grupos os cidadãos, conforme os votos eram de approvação ou rejeição.

¹ *Periécos e Ilótas* eram os dois grandes grupos de povos lacedemonios guerreados e submettidos pelos conquistadores dorios. Os primeiros que eram quasi todos cultivadores e que eram obrigados ao pagamento dos impostos e ao serviço militar gozavam de liberdade individual, embora não fossem considerados cidadãos; os segundos não só não eram cidadãos como não eram homens livres. Eram escravos que não tinham esperança de libertar-se, porque a lei prohibia que fossem manumittidos ou alforriados, prohibindo também que fossem vendidos para fora do território spartano.

O Senado ou *Gerontia* era uma corporação formada por 28 cidadãos maiores de 60 annos, nomeados ou eleitos directamente pelo povo e cujo mandato era vitalicio.

O processo de que se serviam os spartanos para a eleição dos membros do Senado offerece um aspecto tão singular, ou antes, tão original, que não nos podemos furtar ao desejo de deixal-o consignado, mesmo ligeiramente. Era o seguinte, o processo eleitoral a que alludimos:

Marcado o dia da eleição e conhecidos os candidatos ao cargo senatorial, eram estes e o povo convocados para a praça publica. Ahi, n'uma ordem estabelecida por meio de sorteio, desfilavam, um após outro os aspirantes á senatoria, caminhando cada um em silencio e de olhos baixos. O povo manifestava-se então por meio de gritos de approvação mais ou menos numerosos, mais ou menos frequentes. Estas acclamações eram registradas por um certo numero de individuos occultos em uma casa de onde os candidatos não podiam ser vistos, e effectuada a passagem do ultimo candidato, taes individuos vinham declarar qual o momento ou a vez em que os gritos de approvação haviam sido mais fortes, mais continuos e em maior numero. Sabido pelo numero de ordem o candidato que passara em tal momento, estava conhecido o eleito do povo de Sparta.

A titulo de presidentes da corporação os dois reis faziam parte do Senado. Este tinha como attribuições principaes: a alta gestão das finanças publicas, as declarações de guerra e de paz, os tratados de alliança, o julgamento de todas as causas capitaes e a accusação e julgamento dos proprios reis.

A Realeza spartana foi, a partir de Lycurgo, quasi simplesmente decorativa. Mantendo a instituição dos dois reis, o legislador sparciata procurou fazer, e fez, com que elles fossem apenas os presidentes do Senado e os executores das deliberações dessa

corporação. De facto, era o Senado que governava Sparta, sendo a jurisdição real, em tempo de paz, meramente religiosa. Por isso diz um historiographo-jurista com toda verdade que os reis Spartanos eram apenas “primeiros cidadãos sem côrte e sem fausto”. Em tempos de guerra, entretanto, eram elles os chefes reaes do exercito e nesse character tinham uma jurisdição militar extensissima.

Conhecida assim a organização dos poderes publicos dominantes na capital da velha Lacedemonia, vejamos as respectivas instituições de direito privado, deixando para mais tarde, conforme o methodo que adoptámos, o exame de sua organização judiciaria e de seu direito repressivo.

Principiemos pela condição das pessoas.

Da menção que ha pouco fizemos das três classes em que se dividia a população submettida ao governo de Sparta, infere-se immediatamente que não só os direitos politicos mas também os civis eram deseguaes entre os individuos que a compunham. Si os dorios e seus descendentes eram cidadãos e homens livres, os *periécos* eram livres mas não eram cidadãos, e os miseros *ilotas*, adstrictos á gleba, não eram cidadãos nem homens livres. A escravidão, com todos os horrores do *jus vitoe et necis* e sem o adoçamento da manumissão, pesava sobre a grande maioria dos lacedemonios e laconios.

A familia spartana baseiava-se sobre o casamento effectuado pelo rapto verdadeiro ou simulado, e contrahir casamento, ou antes, procrear filhos para o serviço da patria, era uma necessidade de ordem publica, um verdadeiro dever civico. O cerimoniaal do acto nupcial era nenhum. Ordinariamente a mulher fingidamente raptada era conduzida a um lugar afastado, onde lhe cortavam os cabellos e davam-lhe a calçar os sapatos do futuro marido. Consumado o casamento, a mulher passava ao gyneceu domestico, onde ficava recolhida e occulta.

Não se conhecia a polygamia; mas o concubinato era permittido e largamente praticado. O divorcio, ou antes, o repudio simples e voluntario da mulher pelo marido era cousa commum. Sendo o fim exclusivo da união conjugal a procreação de filhos permittia a lei que o homem abandonasse a mulher esteril e que o marido esteril cedesse a mulher a outro homem capaz de fecunda-la. Os casamentos effectuavam-se de preferencia entre parentes, não havendo impedimentos, na linha collateral, senão entre irmãos nascidos de uma mesma mãe.

O poder marital não era limitado senão pela vontade ou condescendencia do marido; a mulher obedecia sempre, ainda mesmo quando era offerecida ou emprestada a um outro homem. O patrio poder, ao contrario, era muitissimo reduzido, por isso que os filhos de um cidadão spartano pertenciam não a seu pae mas ao Estado. As crianças que por nascerem bem conformadas escapavam ao matadouro do Taygêtes eram educadas pelos paes sómente até a idade de sete annos; dahi por deante passavam ao gymnasio ou phanlansterio onde iam desenvolver e exercitar os musculos e aprender a bravura e a insensibilidade.

Os spartanos praticavam a adopção, e esta materia foi, nos primeiros tempos, da competencia privativa dos reis. Não temos, porém, noticia segura do uso dos dotes e da tutela, em Sparta. Quanto ao direito de successão ali vigente, sabemos apenas, por vagas indicações dos historiadores, que o direito de primogenitura era observado e que as filhas só herdavam na falta absoluta de filhos varões. A herança de immoveis passava aos herdeiros sempre indivisa, não havendo absolutamente partilha.

Este facto provinha da natureza do regimen de propriedade instituido por Lycurgo. Uma das principaes medidas deste legislador foi dividir o territorio do paiz em 39 mil lotes assim destribuidos: nove mil, do solo de Sparta, a outros tantos cidadãos de origem doria, e trinta mil, do

resto da paiz, aos laconios periécos. Estes receberam as terras em usufructo e sob condição de pagamento de impostos. Os sparciatas tiveram os lotes territoriaes sob as clausulas de indivisibilidade e inalienabilidade e com o character de propriedade commum da familia. A mesma feição communista imprimiu Lycurgo á propriedade movel estatuinto que os instrumentos e os animaes de trabalho de cada proprietario podessem ser utilizados por qualquer dos seus visinhos, que delles necessitasse.

É cousa corrente nos manuaes de historia que o legislador spartano, no intuito de dar a seu povo um ideal exclusivamente guerreiro, proscreeu o uso dos metaes preciosos e baniu de sua patria o commercio, a industria e as artes. Nestas condições é inutil procurar na legislação que estamos analysando qualquer instituto juridico notavel, filiado ao direito das obrigações.

Passemos adeante, portanto.

Quando acima fallámos do mechanismo governamental de Sparta dissemos que o Senado e a Assembléa do povo tinham attribuições de ordem judicial. E assim era. A organização judiciaria por meio da qual se exercitava a justiça spartana não nos apparece senão nas suas assembléas politicas, que eram ao mesmo tempo seus tribunaes superiores. Na epocha de Lycurgo tres jurisdicções coexistiam em Sparta: a dos reis, a do Senado e a da Assembléa popular, sendo que a primeira foi rapidamente absorvida pela segunda. Na realidade o tribunal spartano por excellencia era o Senado, ao qual exclusivamente cabia conhecer das causas-crimes e decretar penas capitaes contra os cidadãos.

A marcha do processo, em taes casos, era regularissima e garantidora do direito de defeza. Designava-se dia para audiencia do accusador e do accusado; este era citado para comparecer; produziam-se testemunhas ou provas documentaes, e o tribunal depois de maduro

exame que, por vezes, durava muitos dias, pronunciava o seu *verdictum*. Nem todos, porém, podiam ser julgados pelo Senado; tal privilegio cabia só aos spartanos que tinham direito ao titulo de cidadão.

O direito criminal instituido por Lycurgo tinha uma physionomia peculiar, quiçá extravagante. Assim eram considerados crimes o celibato, a obesidade, o talento culinário, o uso do ouro e da prata como intermediarios de transacções; entretanto não eram classificados como delictos o assassinato, o furto, o adulterio, etc. Ao contrario, a lei sancionava o adultério permittindo ao marido ceder a esposa a outrem; a sociedade applaudia os autores de furtos praticados com coragem, agilidade, astucia ou sangue frio; o homicidio em tão pequena conta era tido que a *cryptia* ou caça aos ilótas, em que os jovens sparciatas matavam de emboscada aquelles miseraveis, era cousa não só natural como até ensinada e applaudida. É certo que só contra os escravos era permittida tal selvageria: mas nem por isso o facto torna-se menos repugnante.

Não obstante isso, o *systema* penal dos spartanos, sendo grosseiro e bárbaro por um lado, era, por outro, adeantado e superior. A par da morte pela estrangulação e pela dilaceração, do banimento e da flagellação, vinham as penas pecuniarias e as penas moraes, entre estas a *atimia*, que feria o culpado nos seus direitos civicos e na sua honra. O *atimico*, que era quasi sempre o cidadão accusado de covardia na guerra, perdia os direitos politicos, era obrigado a ceder sua mulher a outrem, ficava legalmente incapaz de contractar e tinha de cobrir-se de andrajos para receber os insultos e ataques dos caminhantes.

São os que ahi ficam apontados os traços geraes da legislação de Lycurgo, isto é, da estrutura juridica de Sparta, no seculo IX. Resta notar que cerca de seculo e meio depois essa organização politico juridica foi grandemente modificada em alguns dos seus detalhes. O advento dos *ephoros*, magistrados cuja criação os reis favonearam para enfraquecer o

Senado e que acabaram por annular ao mesmo tempo os senadores e os reis, veio alterar profundamente a ordem de cousas estabelecida. Em numero de cinco e com o titulo de chefes e órgãos do povo, os ephoros tomaram a iniciativa da propositura das leis e usurparam a preponderancia executiva e judiciaria, confiada á Realesa e ao Senado. Xenophonte diz que tinham o direito de accusar e prender qualquer pessoa e Isocrates affirma que elles decretavam, por sua propria autoridade, a morte de qualquer cidadão. Um autor moderno compara os ephoros aos censores de Roma, que fiscalisavam os costumes, e um outro affirma que elles intervinham até na intimidade domestica dos reis, indagando da fidelidade das rainhas e velando pelo cumprimento dos deveres conjugares que deviam perpetuar nos dois thronos a raça dos Héraclidas. Não admira que desse modo o novo poder politico spartano tivesse dominado tudo e houvesse feito em pedaços a obra legislativa do sobrinho de Charilãos.

ATHENAS. — Aqui pisamos solo mais firme e temos luz mais intensa projectada pelo sol da Historia. Além da tradição temos documentos, e encontramos uma figura de legislador sobre cuja existencia pessoal nenhuma duvida séria se levanta.

Já tivemos, incidentemente, occasião de observar que no periodo da civilização greco-romana a palavra *cidade* tinha um significado differente do que modernamente lhe damos. Precisamos agora insistir nessa observação, que nos habilita a comprehender a formação e a constituição dos estados gregos em geral, e em especial da republica atheniense.

A *cidade* greco-romana era uma confederação religiosa e politica, formada de *familias*, de *phratrias* (grupos de familias) e de *tribus* (grupos de phratrias). A organização dessa cidade antecedeu á fundação das cidades materiaes — accumulos de habitações e edificios construidos em um determinado sitio — cidades de pedra que foram primitivamente

fundadas para servirem de santuario ao culto da cidade moral: — mera associação politico-religiosa.

Familias, phratrias e tribus confederadas deram nascimento a uma organização politica, sacerdotal e aristocratica em que dominavam exclusivamente os patricios ou nobres — aquelles que eram chefes do culto domestico e os que delle participavam pelo direito do sangue. Abaixo dessa classe ficavam os clientes e os plebeus, servos e protegidos uns, estranhos e perseguidos outros.

Já sabemos que a Grecia inteira, do mesmo modo que Roma assistiu á luta desses elementos uns contra os outros. Vimos que em Sparta Lycurgo foi o órgão legislativo dessa luta, quando ella se travou especialmente entre a nobresa e os reis que a propria organização patriarchal fizera surgir. Agora, no solo atheniense vamos presenciar o segundo acto do drama, — aquelle em que a classe dos clientes bate a dos patricios e com ella consegue nivelar-se, eliminando definitivamente a realesa antiga. E' aqui que apparece Solon, eupatrida da raça de Codrus, eleito archonte nos últimos annos do seculo VI.

Nesta epoca Athenas tinha já effectuado como Sparta sua revolução contra a realesa, reduzindo a um anno o praso de governo do monarcha e rebaixando este á cathegoria de *archonte*, isto é, de um dos nove magistrados annuaes que governavam a cidade. Mas a luta entre pobres, ricos e eupatridas estava no seu auge. Sentindo a necessidade de pôr um termo á agitação em que se exgotavam, os tres partidos accordaram em escolher o eupatrida Solon, natural de Salamina, para reformar e fixar os direitos publico e privado da patria.

Evidencia-se o acerto da escolha pelas seguintes palavras de Fustel de Coulanges: "Solon tinha a rara fortuna de pertencer aos eupatridas por seu nascimento e aos commerciantes pelas occupações de sua mocidade; suas poesias nol-o mostram como um homem desligado

dos prejuizos de sua casta; por seu espirito conciliador, por seu gosto pela riqueza e pelo luxo, por seu amor do prazer, elle afasta-se muito dos antigos eupatridas e pertence á nova Athenas.”

Resta-nos saber como Solon se desempenhou de sua ingente e nobre tarefa. Vejamos.

O mecanismo governamental foi construido com duas peças apenas: uma *Assembléa do povo* e um *Senado*. A este cabiam as principaes funções executivas e ambas as assembléas tinham um certo numero de attribuições judiciarias.

Faziam parte da Assembléa do povo, que se reunia na praça publica, todos os cidadãos maiores de 20 annos inscriptos nos registros lexiarchicos. Era ella presidida por um *epistata*¹ que abria as sessões expondo os assumptos sobre os quaes os cidadãos tinham de deliberar. Esses assumptos eram ordinariamente a adopção de leis, a eleição dos magistrados, a declaração de guerra ou de paz, os tratados de alliança, a concessão do direito de cidade, etc. Ao contrario do que succedia em Sparta, as discussões da assembléa athniense eram longas e brilhantes. Os oradores faziam-se ouvir de uma alta tribuna e como signal de sua inviolabilidade parlamentar (si a palavra pode ser empregada) traziam a cabeça cingida por uma corôa. As votações eram feitas symbolicamente por meio de um gesto que consistia em levantar uma das mãos acima da cabeça. Havia entretanto casos em que o voto por escrutinio secreto era de rigor: taes eram as resoluções sobre concessão e destituição do direito de cidade.

O Senado compunha-se de 400 cidadãos maiores de trinta annos, designados pela sorte dentre os mais elevados representantes das quatro tribus em que no tempo de Solon estavam divididos os athenienses possuidores do direito de cidade. Sómente no tempo de Klisthènes o

¹ O *epistata* era um senador tirado dentre os *prytanes* e que servia de grande thesoureiro e guarda-sellos da Cidade.

numero de senadores foi elevado a 500 por ter sido o povo dividido em 10 tribus. Nessa epoca cada uma das tribus veio a ser representada por 50 cidadãos.

A alta assembléa dos representantes das tribus reunia-se diariamente, menos nos dias de festa e de luto social. A convocação do Senado, seu regimento interno e a promulgação e execução de seus decretos estavam a cargo de um certo grupo de senadores chamados *prytanes* que se dividiam em vários subgrupos de *proédras*. Da corporação dos *prytanes* sahiam os *epistatas* que presidiam as sessões.

As attribuições do Senado eram as da Assembléa do povo, augmentadas de muitas outras, de natureza executiva especialmente. Tinha elle a iniciativa de todos os projectos de lei que iam ter á Assembléa, e como supremo representante do povo era elle o superintendente da administração publica, sobretudo no tocante ás finanças, e era ainda elle que recebia as mensagens ou relatorios dos generaes e enviados da Republica, que dava audiencia aos embaixadores estrangeiros, etc.

As votações da assembléa dos senadores eram feitas por escrutinio secreto, lançando cada um delles n'uma urna uma fava branca ou preta, conforme approvava ou rejeitava a medida.

Suggerida senão imposta por uma notavel revolução social, a legislação de Solon estabeleceu antes de tudo a egualdade perante a lei, apagando as distincções antigas entre patricios e clientes, entre *eupatridas* e *thétas*. Com excepção da classe dos escravos, que foi mantida mas sob um regimen relativamente brando e impregnado de tendencias humanitárias, todos os habitantes da Attica tinham uma condição honrosa. A prevenção contra os estrangeiros não encontrou guarida nas leis, e *isotéles* e *metoécas* sentiam-se bem ao lado dos cidadãos athenienses, podendo uns e outros entrar para o gremio da

cidade por meio da naturalização e gozando os primeiros de plenos direitos civis.

Isto basta para caracterizar ou antes para definir claramente o espirito da codificação de que nos occupamos. O direito privado de Solon só em alguns pontos homologou a legislação antiga, — legislação da qual Dracon, trinta annos antes, havia sido o ferrenho codificador.¹ Nos outros pontos, isto é, na maioria dos casos, o direito soloniano afastou-se notavelmente das leis anteriores.

E como este facto é o caracteristico superior e geral do movimento juridico a que nos reportamos, pomos de parte a indicação simples dos diversos institutos do direito privado instituido por Solon e passamos a expor as modificações que a nova legislação trouxe ao direito antigo. Na impossibilidade de fazel-o melhor do que o sabio Fustel de Coulanges, traduziremos apenas o que esse autor escreveu a respeito e que se resume no seguinte:

“O direito antigo prescrevera que o filho primogenito fosse o unico herdeiro. A lei de Solon diz em termos formaes: *os irmãos dividirão entre si o patrimonio*. Mas o legislador não se afasta do direito primitivo até o ponto de dar á irman uma parte na successão: *A partilha*, diz elle, *se fará entre os filhos*. Mais ainda: si um pae não deixa senão uma filha, esta não póde ser herdeira; é ainda o agnado mais proximo que tem a successão. Nisto Solon conforma-se com o antigo direito, mas pelo menos elle consegue dar á filha o goso do patrimonio, forçando o herdeiro a desposal-a.

O parentesco pelas mulheres era desconhecido no velho direito; Solon o admite no novo, inda que collocando-o abaixo do parentesco masculino. Eis o que elle estatua: Si um pae morto intestado só deixa uma filha, o agnado mais proximo herda casando-se com a orphã. Si não deixa filho algum, seu irmão, e não sua irmã, herda, preferindo seu irmão germano ou consanguineo a seu irmão uterino. Na falta de irmãos ou de filhos de irmãos a successão passa á irman. Si não ha nem irmãos, nem

¹ O archonte Dracon, eupatrida imbuido dos preconceitos religiosos e politicos dos da sua classe, foi o homem da tradição inflexivel e seu nome ainda hoje adjectiva toda lei violenta e de implacavel severidade. Seu codigo, promulgado no momento agudo da luta entre eupatridas e thetas, era um conjuncto de regras oppressivas destes e, na parte criminal, era prodigo de penas capitaes para os menores delictos.

irmãos, nem sobrinhos, herdaram os primos e segundos-primos do lado paterno. Na falta destes é a successão deferida aos collateraes do lado materno.

Assim as mulheres começam a ter direito á successão, inda que em posição inferior á dos homens. A lei enuncia formalmente este principio: *os varões e descendentes de varões excluem as mulheres e os descendentes das mulheres.*

Solon introduziu ainda na legislação atheniense uma cousa novissima: o testamento. Antes d'elle os bens passavam necessariamente ao mais proximo agnado ou, na falta de agnados aos *gennétas*; isto resultava do facto de serem os bens considerados como pertencentes não ao individuo porém á familia. Mas Solon começou a conceber de outro modo o direito de propriedade. O legislador permittiu, pois, ao homem dispor de sua fortuna e escolher seu legatario.

A religião primitiva tinha deixado ao chefe de familia, ao *pae*, uma autoridade soberana no lar domestico. O direito antigo de Athenas ia até o ponto de permittir a venda e a morte de um filho. Solon, conformando-se com os novos costumes, poz limites a esse poder; sabe-se com certeza que elle prohibiu a venda de uma filha por seu pae, a menos que ella houvesse commettido falta grave, e é verosimil que a mesma prohibição fosse feita quanto aos filhos varões. A autoridade paterna enfraquecia-se a medida que a antiga religião diminuia de ascendente: assim o direito atheniense permittiu ao filho chegado a uma certa idade libertar-se do patrio poder. O costume, senão a lei, veio insensivelmente estabelecer a maioridade dos filhos, mesmo em vida do pae. Conhecemos uma lei de Athenas que impunha ao filho a obrigação de alimentar o pae velho ou enfermo: uma tal lei mostra que o filho podia possuir bens proprios, o que importa na sua emancipação.

Quanto á mulher, a lei de Solon conformava-se ainda com o direito antigo quando a impedia de fazer testamento, porque a mulher não era realmente proprietaria e não podia senão usufruir; mas affastava-se daquelle direito quando permittia á mulher retomar o seu dote. Uma outra novidade do codigo soloniano foi o direito concedido a todo cidadão de proceder judicialmente contra um criminoso; anteriormente tal direito só cabia á familia ou á *gens* da victima."

Depois destes substanciosos trechos do autor de *La Cité Antique* limitar-nos-hemos a deixar consignado: que o regimen conjugal atheniense era o da monogamia, sendo tolerado o concubinato; que o casamento com estrangeiros era permittido e que os impedimentos por

consanguinidade limitavam-se ao parentesco em linha directa; que o divorcio era admittido e que o simples repudio da mulher pelo marido era tambem permittido; que o dote, a adopção e a tutella eram conhecidos e praticados; que o direito contractual ou das obrigações, si não chegou na Attica até a perfeição do dos romanos, foi entretanto objecto de estudos e de regulamentação legal, tanto que nesse assumpto tiveram os helenos uma criação que passou para o direito moderno — a das arrhas, em materia de venda.

Dito isto fallemos ligeiramente da organização judiciaria e do direito penal da Attica.

Letourneau faz notar com razão que a immobillidade e o apego ao passado não predominando na Grecia e principalmente em Athenas, a evolução historica dos helenos foi assignalada por incessantes progressos mesmo na organização dos tribunaes e do processo. De facto, a estrutura judiciaria e processual que ali vamos encontrar depois de Solon é riquissima em órgãos de maior ou menor extensão e importancia. A's primitivas magistraturas dos nove archontes, ao antigo tribunal areopagico da colina de Marte e ao tribunal dos *ephétas*, instituido por Dracon, vieram juntar-se outros muitos, dos quaes o principal, traduzindo a orientação democratica de Solon, foi a *Heliéa*, o grande jury popular, com ampla alçada criminal e tambem com alçada nas causas civeis em gráo de appellação. O *Areopago* mesmo foi reorganizado e constituido em Côrte suprema, investida de um alto direito de fiscalisação sobre os magistrados, administradores e casos referentes á moral publica.

Pelo que acabamos de dizer evidencia-se que na Athenas post-soloniana havia os seguintes tribnnaes: 1º o dos *archontes*, 2º o *Areopago*, 3º o dos *ephétas*, 4º o dos *heliastas*, isto é, a *Heliéa*.

Os archontes julgavam delictos de pequena importancia mas exerciam funções do nosso moderno ministerio publico, affetando certas

causas aos primeiros tribunaes; os *areopagitas* além da função fiscalisadora que já lhes attribuímos, julgavam especialmente os homicidios premeditados e os crimes de impiedade e alta traição. Este tribunal, como o dos *ephétas*, era composto de eupatridas, sendo que, pela reforma de Solon, só delle podiam fazer parte os velhos archontes de mais illibada reputação. Os *ephétas* foram por Solon despojados de suas principaes attribuições antigas e ficaram julgando os homicidios involuntarios. Este tribunal é tambem conhecido por *Palladion*. Os *heliastas* eram em numero de cinco mil, e esses milhares de jurados constituíam a *Heliéa*. Mas este numerosissimo tribunal não funccionava em reunião de todos os seus membros; os *heliastas* fôram divididos em 10 secções, ou tribunaes parciaes, composto cada um de 500 delles. Eram sorteados annualmente pelos archontes e recebiam, como symbolo de sua jurisdição, um bastão com a côr e o numero da secção ou tribunal em que deviam funcionar. A *heliéa* conhecia de todas as causas que interessavam o Estado e a religião, recebia os relatorios dos magistrados cujas funções haviam cessado, julgava os oradores que tinham defendido ou proposto decretos illegaes, e com o correr dos tempos veio a decidir dos litigios entre particulares. Suas sentenças, em assumptos de interesse publico eram definitivas e primavam sobre as da Assembléa do povo.

Além dos quatro tribunaes citados havia outros de menor importancia, que passamos a indicar. Taes eram: o dos *dietélas* ou arbitros, o dos *quadragintaviros* e o dos *nautódicos*. Nenhum delles tinha jurisdição criminal, sendo o segundo um tribunal ambulante que tinha competencia para julgar as questões cujo valor não passava de 10 drachmas. Ao terceiro cabia o conhecimento dos pleitos commerciaes.

A marcha do processo perante os tribunaes athenienses era regular e criteriosamente encaminhada. Um escriptor diz que ella era “complicada, sábia e de uma feição quasi moderna.” Solon proscreeu os advogados e estabeleceu que todo cidadão devia defender-se a si mesmo; nas causas publicas, porém, o povo designava um orador para sustentar a

accusação. Quer nas causas criminaes quer nas civeis o processo helenico fazia-se com citação das partes, juramentos das testemunhas, prazos para a exhibição de provas, direito á defesa, etc.

A legislação penal de Solon obedece a este pensamento capital, contrario aliás ao das leis draconianas: a punição não deve ter o character de uma expiação religiosa, sim o de uma intimidação preventiva, consistente em um soffrimento physico ou moral ou em uma perda de dinheiro. Dahi um systema de penas afflictivas e pecuniarias. Taes penas eram a *atimia* (degradação civica como em Sparta), a *prisão temporaria*, o *banimento*, seguido ordinariamente da atimia e da confiscação de bens, a *morte* (pelo envenenamento, pelo estrangulamento, pela decapitação, pelo lançamento em abysmo, pela lapidação e pela bastou nada tratando-se de escravos) a *multa* e a *confiscação dos bens*. Não mencionamos o *ostracismo* porque elle não era propriamente uma pena e sim uma medida politica, destinada a afastar temporariamente de Athenas um cidadão que podia tornar-se perigoso ás instituições e á patria.

Os principaes crimes de ordem politica eram: a *alta traição*, a *prevaricação*, a *corrupção*, a *impiedade*, o *furto ou roubo dos bens publicos*, a *fabricação de moeda falsa*, a *offensa contra funcionarios publicos no exercicio de suas funcções*, a *prostituição venal*. Os de ordem privada eram: o *homicidio voluntario ou involuntario*, o *envenenamento*, a *provocação do aborto*, a *reducção á escravidão de pessoa livre*, as *offensas phisicas*, a *violação de uma mulher*, o *adulterio*, o *furto* e o *roubo*. Solon não reconheceu os delictos especificos de parricidio e infanticidio; entravam ambos na classe geral dos homicidios. Tambem em materia de estellionato sua legislação era lacunosa; entretanto a fraude era punida em certos casos, como também o era a *sycophantia* — especie de chantagem exercida por meio de denuncias contra os cidadãos.

Terminaremos assignalando duas curiosidades do direito criminal e penal de Athenas, na epocha a que nos referimos: 1º — O gráo

de maldade no animo de alguém era tudo em materia de delicto; o facto delictuoso era aferido mais pela perversidade do animo do que pelo damno causado; — razão pela qual as leis de Solon puniam os máos tratos aos animaes; 2º — Os objectos inanimados que serviam de instrumento ao crime ou que produziam inconsciente e casualmente um damno pessoal eram castigados ou punidos, effectuando-se a retirada delles do solo da Attica. Não deixa de ser interessante esse phenomeno juridico em virtude do qual, nos seres conscientes, a disposição malevola bastava para a punição e, nos inconscientes, a punição dava-se mesmo na ausencia absoluta de intenção criminosa.

VIII

Roma. — Phases principaes de sua evolução juridica.*

§

Pela esplendida ponte que os ario-gregos nos lançaram atravez do Mediterraneo somos agora chegados em plena terra Occidental, no foco mesmo da portentosa civilisação que irradiando-se das margens do Tibre e do Anio levou a força e a grandeza do genio indo-europeu ás paragens mais longinquas e ás mais notaveis das sociedades coévas.

Temos diante de nós a primitiva *Roma quadrata*, a sagrada *Quirium*, a cidade das sete colinas, debruçada sobre as “aguas barrentas de puzzolana avermelhada” do Tibre.

* FONTES: — T. Mommsen: *Historia Romana*; O. Martins: *Historia da Republica romana*; R. von Ihering: *O espirito do Direito Romano*; J. Ortolan: *Histoire de la legislation romaine*; Saverio de Cillis: *Il diritto romano a traverso la civiltà européa*; G. Carle: *La vita del Diritto*; Ahrens: *Encyclop. jurid.*; P. Cogliolo: *Storia del diritto privato romano*; F. de Coulanges: *La Cité Antique*.

Como e por onde chegaram até a sua séde os italiotas destacados do tronco aryano, — os italos, irmãos dos gregos e primos dos celtas, dos germanos e dos slavos? A Historia guarda ciosamente o seu segredo debaixo das sete chaves mysteriosas com que as lendas soem trancar as origens dos povos.

O que apenas se pode asseverar, não obstante as profundas dissemelhanças de idiosyncrasia entre os dois ramos ethnicos, é que helenos e latinos, sahidos da mesma placenta asiatica, ainda depois de estabelecidos em dois pontos diversos das terras beijadas pelo Mediterraneo, immixtaram-se estreitamente, como saudosos do tempo em que viveram e viajaram juntos. Sobre este ponto ha numerosos testemunhos não só da historia como da fabula, que é uma “reveladora da historia.”

É significativa a lenda de Evandro, o arcadiano de sangue real que fundou uma cidade ao pé do Palatino, e mais significativa ainda é a legenda do troyano Enéas, o filho de Anchyses e de Venus, — legenda a que o estro de Virgilio deu a radiosa immortalidade das cousas d’Arte. Não foi de Rhéa Silvia, filha do rei Numitor, descendente de Enéas, que Tito Livio e outros classicos, baseados na tradição, affirmaram ter nascido Romulo e Remo, o primeiro dos quaes foi o divino fundador da antiga capital do mundo latino?

Mas como bem se avalia, não pode ser nosso intuito penetrar no labyrintho das versões mais ou menos historicas, relativas a Roma e a seus primitivos habitantes. No ponto de vista que nos é peculiar tanto importam as lendas referentes a Evandro e Enéas como a fabula de Caco e da terrivel caverna onde esse filho de Vulcano vomitava chammas que só Hercules teve a coragem de affrontar.

Tomemos o assumpto no ponto em que elle apresenta uma feição menos fabulosa: o ponto de onde partiu Th. Mommsen

assignalando os Iapygios, os Etruscos e os Italiotas como a base ethnico-social de Roma, ou, mais particularmente, aquella que outros autores caracterisaram pela co-existencia e federação dos *ramnes*, *ticios* e *lucéres*, nos arredores do monte Palatino.

Em Oliveira Martins, sectario de Mommsen, lê-se que os ramnes eram gente latina, os ticios eram sabinos e os lucéres provavelmente latinos também. Pietro Cogliolo chama os primeiros *latinos de Romulo*, os segundos *sabinos de Tito Tacio* e os terceiros *etruscos*. Ahrens, por sua vez, diz que a nacionalidade romana se formou de tres elementos: latinos, sabinos e etruscos. Vê se que a divergencia, si ha, é insignificante, podendo-se apenas levantar duvidas sobre o latinismo dos lucéres e sua identificação com os etruscos.

É, portanto, acceitavel a hypothese de que a civilização romana tenha sido uma equação sociologica dos termos ethnicos que acabamos de nomear. Os latinos contribuíram para ella com os conceitos de força e disciplina reveladores do poder da vontade individual e da aptidão social; os sabinos com o elemento religioso creador das formas sagradas; os etruscos com as ceremonias do ritual juridico e com a technica do primitivo direito.

No momento em que esses povos começaram a gravitar um para outro, preparando inconscientemente a constituição do mundo romano, o estado social de cada um delles era provavelmente o que passamos a esboçar:

A estirpe latina apparecia já regularmente organizada, destribuida pelas suas trinta cidades abertas ou nucleos principaes de população que constituíam uma especie de confederação á qual servia de centro politico Alba Longa — a cidade chefe. Tendo lingua, costumes e religião communs, possuíam os latinos uma organização familiar e

gentilica, e eram entre elles correntes as idéas de tribu, de *populus*, de *civitas*, de *urbs*, além das de *vici* e *pagi*.

Os sabinos (povos umbro-sabellicos) apresentavam um aspecto muito menos definido e um desenvolvimento social muito mais atrasado. Montanhezes e pastores, vivendo em *communas* ruraes ou aldeamentos abertos, ostentando uma independencia selvagem e bellicosa, caracterisavam-se elles pela mais profunda religiosidade e por uma poderosa organização gentilica. Os conceitos de povo, de nação, de cidade, não haviam ainda surgido do conjunto de suas concepções estreitas, baseadas no familismo.

O povo etrusco, sobre cujas origens e relações com os romanos tanto se tem discutido, mas cuja existencia foi afinal comprovada pelas escavações feitas em Roma nos annos de 1874 e de 1883 e principalmente pela descoberta dos restos de *Rasena* — a cidade reveladora de um riquissimo sub-solo historico romano; — esse, mais do que os sabinos e do que os latinos, tinha, no momento a que nos reportamos, um *physionomia* accentuada de povo organizado e culto. Os etruscos viviam em *communas* urbanas ou cidades, praticavam a navegação e o commercio, conheciam as artes e a moeda, repartiam-se em nobres e plebeus, em tribus o curias, e haviam já sahido dos moldes propriamente gentilicos para uma forma superior de organização civil e politica. As tendencias religiosas dessa gente, que, aliás, eram profundas, culminavam no seu ritualismo complicado, nas superstições de sua arte augural e no symbolismo de suas praticas sagradas.

Foi de todos esses elementos combinados que sahiu, primeiro, a Roma palatina ou *quadrata*, depois a confederação do *septimontium* e por fim, com o correr dos tempos, a Roma dos tribunos e dos pretores, dos censores e dos consules, dos Cezares e dos jurisconsultos.

Cumpra agora saber qual o conjunto das características da Roma primitiva, uma vez realizada a fusão étnica, constituída a cidade, e antes que se realizasse, a *exoequatio juris*, da qual foi portadora a celebre Lei das XII Taboas — o mais velho monumento jurídico do povo romano. Esse conjunto de características corresponde ao primeiro dos três sistemas da história do direito romano, aquele que, segundo R. Von Ihering, representa o capital originário recebido da história e remonta ao período do comunismo inicial de todos os povos indo-germânicos.

O autor do *Espírito do Direito Romano* pensa deste modo: “Na história do direito romano distinguimos três sistemas; o segundo destes, cuja floração corresponde à da República, é o sistema específico romano: resume o triunfo das vistas nacionais romanas em matéria de direito; os dois outros sistemas são os elos opostos por meio dos quais o direito romano se liga à história estranha a Roma: — o primeiro representa o capital originário que Roma recebeu da história, e o terceiro, o mesmo capital, augmentado de juros opulentos, que Roma restituiu ao mundo.”

Qual foi esse capital originário que Roma recebeu da história e que, no pensar do grande jurista do Göttingen, remonta à época remotíssima da comunhão indo-germânica?

Não é fácil responder. Foi em primeiro lugar o acervo das concepções jurídico-religiosas dos nossos avós arianos e foi em seguida o complexo dos institutos sociais e políticos decorrentes daquelas concepções, — institutos a que a civilização greco-latina deu o desenvolvimento requerido pelas suas eminentes qualidades e pela sua cultura superior.

Em Roma, como na Grécia, encontramos as velhas crenças arianas sobre a morte e a alma, e como consequência o culto dos mortos, o uso do fogo sagrado, a religião doméstica, a família como instituição religiosa ao mesmo tempo que política; encontramos também as *curias*,

equivalente das *phratrias*, as *tribus*, e por fim a *Cidade* — associação politico religiosa de ordem superior, confederação de tribus, que por sua vez eram confederações de curias, como estas eram de famílias.¹ A *gens*, o patriciado, a *clientella*, a escravidão, são institutos greco-romanos igualmente.

Dadas essas condições geraes é fácil comprehender que o primitivo direito privado dos romanos foi, semelhantemente ao dos gregos, um direito de caracter theologico e sagrado, fundado sobre o culto dos mortos e a organização religiosa da familia. Assim o casamento religioso, o sacerdocio do pae de familia, a interdicção do celibato, o divorcio em caso de esterilidade, a adopção, a emancipação, as relações de parentesco e principalmente a agnação, o proprio caracter da propriedade; — tudo isso decorria da concepção theologica dominante, da qual sahiram tambem os primeiros vagos esboços de um direito publico que só mais tarde devia constituir-se regularmente.

“O Direito (diz Saverio de Cillis) surge em Roma como guarda das sagradas tradições dos *patres*, que se reúnem nas curias, semelhantes ás *phratrias* gregas, para resolverem sobre os negocios importantes de suas familias e as necessidades supremas do Estado, o qual resulta naquelle primeiro momento dos aggregados das varias *gentes* que aspiram á gloria de abater a grandeza dos antigos Estados italicos e formar a *Cidade* que devia ser a metropole do mundo.”

¹ Na obra de G. Carle intitulada *Le Origini del Diritto Romano* (que só por descuido deixámos de indicar entre as fontes deste capitulo) lê-se o seguinte a respeito da *cidade* romana:

“A cidade primitiva apparece como um centro e fóco de vida publica entre as varias comunidades aldeãs, cuja vida domestica e patriarchal continua a desenvolver-se nos *vici* e nos *pag*; de onde a consequencia que ella não se apresenta originariamente como reunião de habitações privadas, mas sim como reunião em uma area sagrada dos edificios de destinação publica, come a fortaleza, o sanctuario commum, as casas do rei (*custos urbis*) e dos sacerdotes (*sacerdotes populi*), o lugar onde se administrava a justiça (*forum*) o sitio onde se reuniam os comícios e as curias, etc.”

Durante um larguissimo periodo foi esse o quadro da vida juridica na velha Roma: perfeitamente semelhante, repetimos, ao quadro juridico da Grecia antiga.¹

Só muito tempo depois, com o correr dos seculos e com o desenvolvimento natural das aptidões peculiares de cada um dos dois povos irmãos, foi que a civilização romana se differenciou profundamente da grega. Para fazer uma idéa mais ou menos completa dessa differenciação, basta ler-se o seguinte trecho do eminente Mommsen:

“Esse genio helenico, que sacrificou o conjuncto ao detalhe, a nação á communhão e a communhão ao cidadão; cuja vida ideal era o bello e o bem, mas muitas vezes também a doce ociosidade; cujo desenvolvimento politico consistiu em ultrapassar o particularismo primitivo do cantão, o que mais tarde trouxe a dissolução completa do poder governamental; esse Grego cujo pensamento religioso inventou deuses á imagem do homem e mais tarde negou sua existencia; que deixava toda liberdade aos membros nús das crianças em seus exercicios corporaes e abria um campo livre ao pensamento, para que elle se desenvolvesse em toda sua grandeza e magestade: eis ahi certamente um contraste frisante com o character romano, que mantinha o filho no temor do pae, o cidadão no temor do magistrado e todos no temor dos deuses; que pesquisava e não estimava senão a actividade util, e que obrigava todo cidadão a encher cada instante de sua existencia rapida por um trabalho incessante; que impunha mesmo á criança o dever de cobrir modestamente a nudez de seu corpo;

¹ A proposito do character religioso do primitivo Direito dos romanos devemos deixar aqui consignada a observação de Hegel, reproduzida por Ihering, de que em Roma “a religião não nasce senão depois do Estado” e que é portanto posterior ao Direito. Entendemos que esse modo de ver é determinado por um ponto de vista todo especial dos mestres citados. A religião que appareceu depois do Direito foi a religião official, mettida nos moldes politicos consagrados, acomodada ás conveniencias da organização governamental. A essa, porém, preexistiu a religião popular, herdada dos avós aryanos, que aliás conservou sempre sua velha base familista predominante em todo o velho direito romano.

O proprio R. Von Ihering escreve o seguinte, no mesmo capitulo em que se põe de accordo com a opinião de Hegel:

“A legenda romana pretende reivindicar para os romanos a gloria de ter começado de nada e de ter tudo produzido por elles proprios; é por esta razão que ella não colloca no começo da historia de Roma nem nacionalidade, nem religião, nem direito. A verdade é, ao contrario, que tudo isso existia antes de Roma. Poder-se-hia comparar os fundadores de Roma a emigrantes que continuam em outra parte a communhão na qual viviam em sua patria e que trouxeram comsigo sua familia e sua fortuna, sua religião e suas instituições.”

Julgamos-nos, pois, autorisados a manter a opinião emittida no texto e que é a que mais se conforma com a logica e com a histeria.

que tinha por máo cidadão aquelle que desejava distinguir-se dos outros; para quem o Estado era tudo e a grandeza do Estado a unica paixão desculpavel."

Mas, como confessa o historiador citado e como já deixámos dito, não foi senão depois da constituição definitiva das cidades gregas e romanas que se manifestou essa profunda diversidade intellectual cujos effeitos se perpetuaram até os tempos modernos; no chamado periodo greco-italico faltavam ainda as causas que deram nascimento aos contrastes acima apontados, e o que existia, na cidade de Romulo, em materia de crenças, costumes e leis, era cabedal inteiramente formado no seio da unidade primitiva.

Uma vez porém dada a individualisação romana, effectuada a especialisação do genio latino, caracterisada definitivamente pela cultura do direito a funcção historica do povo do Lacio, quaes foram o estractos que compuzeram o solo juridico da grande nacionalidade; quaes foram, em summa, as phases capitaes da evolução do Direito Romano?

§

O illustre autor de *La vita del Diritto* faz notar com toda razão, que quando se encara a jurisprudencia latina tal qual ella chegou até nós, parece, a primeira vista, que sua transformação lenta e gradual fez-se coherente e harmonicamente; mas que quando se a examina de perto veem-se-lhe os vestigios de materiaes e épocas diversas, indicadores dos varios periodos em que se dividiu sua trabalhosa formação. As idéas directoras do movimento juridico, diz o citado autor, vão se transformando conforme as epocas; de modo que a jurisprudencia romana póde ser dividida em tres periodos distinctos, dominados respectivamente, pelos conceitos do *jus civile*, do *jus gentium* e do *jus naturale*.

Eis como G. Carle caracteriza cada um desses periodos:

No primeiro delles Roma, pequena aggregação de comunidades aldeãs e asylo aberto a plebeus e clientes necessitados de protecção e defeza, inspira-se quasi exclusivamente nas suas proprias tradições e nas necessidades de sua vida economica, essencialmente agricola; apega-se estreitamente aos *mores veterun*, á *longa consuetudo*; guarda zelosamente os ritos, os symbolos e as formas sacramentaes do proprio direito; mantém-se fiel á *expressão litteral* da lei, embora para accommodal-a aos factos invente as ficções. Neste periodo o Direito de Roma, apesar de codificado já nas Leis das XII Taboas, tem ainda um character tradicional e consuetudinario e chama-se justamente *jus civile*, porque é exclusivamente proprio dos cidadãos romanos, ou *jus ipsum*, porque se considera o direito por excellencia.

No segundo periodo, porém, já iniciadas e desenvolvidas as conquistas, Roma não sente difficuldade em offerecer asylo nos proprios templos aos deuses das cidades conquistadas, e assim acceita facilmente as instituições estrangeiras que podem de qualquer modo harmonisar-se com a sua construcção juridica. Desde esse momento, o commercio com os povos alliados ou vencidos, as controversias quotidianas entre estrangeiros e cidadãos, forçam o pretor e o jurisconsulto a confrontos e comparações continuas entre o direito propriamente romano e o dos outros povos; pelo que, ao lado do *jus civile*, vai se formando gradualmente o conceito de um *jus gentium* commum a todos os povos. É um periodo em que melhor se revela o poder do genio legislativo romano; porquanto atravez e apesar do dualismo e da luta do *jus civile* e do *jus gentium*, do *jus strictum* e da *oequitas*, dos contractos *stricti juris* e *bonoe fidei*, do vinculo da *agnação* e da *cognação*, da propriedade *ex jure quiritium* e *in bonis*, o movimento legislativo accentua-se sempre, admiravelmente harmonico e proporcionado em todas as suas partes.

Por fim, no terceiro periodo, a Grecia é conquistada e derrama sobre os conquistadores os thesouros da sua idealidade. Desde então os conceitos da philosophia grega relativos ao justo penetram mais

largamente em Roma, perdem a sua transcendencia, encerram-se nas formas definidas e precisas que são o apanagio da jurisprudencia romana, e imprimem a esta um caracter mais philosophico e racional, do qual encontramos evidentes signaes nos grandes jurisconsultos do Imperio. Neste periodo perdura ainda o dualismo anterior, mas a victoria vae sendo cada vez mais da equidade sobre a *stricta justiça*, das intuições do direito das gentes sobre as do direito civil, da cogação sobre a agnação, da bôa fé sobre o direito litteral. O respeito pelos ritos e solemnidades antigas (*juris antiqui fabuloe*) desaparece gradualmente e com elle a superstição da letra da lei; o jurisconsulto, em vez de ater-se ao texto procura de preferencia a rasão e o espirito delle. Ao lado do *jus gentium*, conceito fornecido pela comparação das instituições romanas com as dos povos visinhos, apparece já o conceito mais ideal e especulativo de um direito natural, *jus naturale*, no qual se concentram as vistas dos jurisconsultos.

É luminosissima esta vista synthetica da desenvolução historica do Direito em Roma. De cima destas tres grandes eminencias do Direito Privado: — o *Jus civile*, e *Jus gentium* e o *Jus naturale* — descortina-se o panorama prodigioso da vida romana, no que ella teve de mais fecundo, original e brilhante.

Está nisto o merito da divisão adoptada por G. Carle¹ e, correlativamente, a inferioridade das divisões propostas e defendidas pela generalidade dos romanista, inclusivé Guido Padelletti, que pretendeu fundar a sua nos "*cambiamenti latenti e profondi dell'economia, della società, della moralità nazionale*."²

¹ O autor de *La vita del Diritto* declara que foi na obra de Muirhead intitulada *Historical Introduction to the private Law of Rome*, que achou o criterio fundamental da referida divisão.

² A divisão de Padelletti é a seguinte: 1º periodo, dos inicios de Roma até principios do seculo VII e destruição de Carthago; 2º, dos principios do seculo VII até fins do século III de nossa era, ou até o reinado de Deocleciano; 3º, dos fins do seculo III até a queda do Imperio romano do Occidente.

Um estudo da natureza do nosso não comporta a exposição e analyse das divisões e subdivisões mais ou menos classicas da historia do Direito Romano, a partir da distincção capital formulada por Leibniz, entre a jurisprudencia historica interna e a externa.

Só n'um curso regular e completo da materia caberia uma apreciação dessas. A nós, o que nos convém é um apanhado das principaes phases da elaboração juridica na velha Roma, feito do mesmo ponto de vista em que se collocaram Muirhead e Carle.¹

Um tal processo offerece não só a caracterisação exacta das grandes epocas da historia legislativa do povo-rei, como também a vantagem de podermos verificar nessa historia a existencia das grandes linhas da evolução juridica geral.

Essas grandes linhas são perfeitamente indicadas por Saverio de Cillis, nas seguintes palavras:

"Em tres periodos pode dividir-se a legislação de todos os povos: o primeiro é aquelle em que o direito se revela como direito *patriarchal* ou *de casta*, adstricto a um principio eminentemente theocratico; o segundo é aquelle em que o direito de casta se annuncia não mais exclusivo porém em *luta e em collisão* com o praticado pelo povo; o terceiro é aquelle no qual o direito se manifesta mais conforme ou accorde com o *espirito geral da sociedade*."

Adoptando este fecundo criterio historico-philosophico, o autor da magnifica prelecção intitulada *Il Diritto romano à traverso la civiltà européa* chegou ao mesmo resultado de Muirhead e do Carle; isto é: encontrou como estadios superiores da evolução da jurisprudencia latina as tres grandes epocas caracterisadas pelo *jus civile*, pelo *jus gentium* e pelo *jus naturale*.

Em nosso trabalho sobre o *conceito da aequitas* tivemos occasião de nos occupar dessa divisão. Vid. *Fragmentos Juridico-philosophicos*.

¹ Explicaremos em outra parte deste livro a razão pela qual, neste capitulo, seguimos methodo differente do que adoptamos nos estudos sobre as legislações orientaes e da Grecia.

Em um trabalho nosso, submettido outrora ao criterio da Faculdade em que hoje temos a honra de professor, procurámos desenhar syntheticamente aquelles tres eminentes aspectos da vida juridica de Roma. É agora opportuno reproduzir, devidamente ampliadas, as palavras que então escrevemos.

O periodo inicial do *jus civile*, do *strictum jus*, do *optimum jus civium romanorum*, estende-se desde os primordios de Roma até o seculo V anterior á nossa era, podendo-se dar-lhe como linha do delimitação a *Lex Ploetoria*, promulgada em 490 A. C.

Essa epoca é a do direito aristocratico e sagrado, que Saverio de Cillis chama *de casta*, é a phase do direito quiritario e patriarchal, culminando na *patria potestas* a que Vico deu o appellido de *direito cyclopico*. Os costumes e as *leges* que formaram a trama essencial desse periodo crystalisaram-se na *Lex Duodecim Tabularum* — primeira victoria dos tribunos da plebe sobre os representantes do patriciado. — 303-304 A. C.¹

¹ A Lei das XII Taboas ou *lex decemviralis* que foi chamada por Tacito *finis aequi juris* e recebeu do povo romano a denominação de *carmen necessarium*, foi considerada por Cicero como superior, por sua força e sua utilidade, ás bibliothecas de todos os philosophos.

Pelos fragmentos, que chegaram até nós, desse monumento legislativo, verifica-se que a Lei das XII Taboas foi redigida n'um estylo conciso, imperativo e rijo como suas disposições, — o que não impede que muitos autores tenham visto nella um codigo em verso. E a verdade é que encontram-se facilmente desinencias rhythmicas em muitos dos fragmentos conhecidos, sendo certo, por outro lado, que o synchretismo juridico-religioso dos povos em formação autorisa a crença de que elles cantavam os seus hymnos religiosos.

A *lex decemviralis*, uma vez gravada nas 12 Taboas (dez primitivas e duas supplementares), foi exposta no *Forum*, e era ahi que ella se impunha aos romanos e desafiava a memoria das crianças, que eram obrigadas a conserval-a de cór.

As palavras que deixámos escriptas no texto indicam que consideramos a Lei das XII Taboas como redacção do direito costumeiro, vigente em Roma na sua phase de formação. E realmente é essa a feição da legislação decamviral. A legenda da legação ou deputação enviada á Grecia para trazer de lá os elementos da codificação do direito, é mais que muito contestavel, apesar de estar inserta em quasi todos os manuaes de historia.

Dizemos, pois, com J. Ortolan: “Si bem que pareça terem os decemviros tido sob as vistas documentos de legislação estrangeira e notadamente as leis athenienses; si bem que elles tenham colhido nestas algumas disposições que nos são assignaladas pelos escriptores e pelos jurisconsultos como transcriptas quasi litteralmente, e cuja

O Direito, então, proclamava a autocracia do pae de familia, comprehendido nella esse terrivel *jus vitae et necis* sobre os filhos; attribuia character sagrado ao direito de propriedade; consagrava: a *mancipatio* e a *in jure cessio* solemnes, a *manus* e a tutela perpetua dos proximos agnados para as mulheres sahidas do patrio poder, o *jus nexus* em virtude do qual o credor fazia seu escravo o devedor insolvel; estabelecia, por sobre isso, o regimen processual das *legis actiones*, e entoava o canto decemviral, de sentido cruel para os estrangeiros: *adversus hostes oeterna autoritas esto!*

O *Corpus omnis romani juri*, *fons publici privatique juris* de que fallam os classicos latinos, isto é, a Lei das Doze Taboas, estereotypa nas suas laconicas e ferrenhas disposições aquella sociedade patricia fundada sobre a religião domestica, na qual o pae é ao mesmo tempo legislador, juiz e sacerdote, em que o Direito é sagrado, symbolico, formalista e hermetico, pertencendo a guarda e interpretação respectivas ao collegio dos pontifices ou a um determinado numero de *patres*. Dá-se ahi o syncretismo juridico-religioso das civilizações primitivas, exactamente, como o observámos nas sociedades do oriente e especialmente no Egypto theocratico.

Ao periodo dominado por esse Direito "exclusivo, intolerante, violento" succedeu, como era natural, um outro, mais largo, mais liberal, mais humano. Uma sociedade, como um individuo, não se póde isolar em absoluto sem risco de atrophiar-se e de perecer. A *civitas* romana teve de transigir. De fins do seculo V para começos do VI accentuou-se uma transformação que já o estabelecimento muito anterior da *pretora urbana* havia prenunciado.

semelhança, em cousas de detalhe arbitrario, não pode ser attribuida ao puro accaso nem á razão commum; entretanto é justo dizer que o direito que elles estabeleceram *foi o direito quiritario, o direito dos homens de lança, exclusivamente proprio ao cidadão romano, radicalmente destacado, por seu character, do direito das outras nações.*"

A partir da publicação da *Lex Ploetoria*, já citada, cujos corollarios naturales foram a *Lex Aebutia* (do data incerta) que extinguiu as *acções da lei*, e as duas leis *Julioe*; que estabeleceram no processo judiciario o *systema das formuloe*; abre-se para o Direito Romano uma era de brilhantes e fecundas transformações.

Creada em principios do século VI (507) a magistratura do *praetor peregrinus*, accentuam-se valentemente as tendencias da legislação edictal no sentido de *adjuvare vel supplere, vel corrigere jus civile, propter utilitatem publicam*, conforme se diz no fragmento de Papiniano inserto no Digesto.

É a epoca das *fictiones*, das *exceptiones*, das *restitutiones in integrum*, dos *interdicta*, das *bonorum possessiones*; finalmente dos inumeros institutos destinados a alargar o circulo bronzeo do direito quiritario, introduzindo nelle a *bona fides*, o respeito pela *cognatio* o todos os elementos necessarios á existencia juridica dos não *cives*, isto é, dos estrangeiros.

Ao trabalho dos pretores vem, logo depois, juntar-se a nobre faina dos jurisconsultos. De meados do seculo VI por deante começam a surgir os *juris interpretes*, os fundadores do néo-direito civil, aquellos cujas casas eram, segundo o testemunho de Cicero, *totius civitatis oraculum*, e que exerciam a eminente função social de *respondere, cavere, agere, scribere*. Gajus Cornelius Scipio Nasica, eleito consul em 563, a quem o Senado offereceu uma casa para que pudesse ser mais facilmente consultado, e posteriormente os dois Catões, Publius Scaevola, Servius Sulpicius, Quintus Scaevola, além de alguns outros de estatura menos elevada, surgiram gloriosos, accentuando o movimento gigante que se estava a operar na esphera do Direito.

Todo esse movimento era o da elaboração do *jus honorarium*, do *jus proetorium*, do *jus gentium*, finalmente. O conceito da *libertas*,

opposto ao da *civitas*, conforme observa muito bem Tobias Barretto, havia triumphado das velhas idéas e dos velhos moldes. A legislação edictal, compilada no *Edictum Perpetum* de Salvio Juliano, é o monumento juridico desse periodo, é o segundo marco da estrada percorrida pelo genio juridico dos romanos, — aquelle que assignala o meio caminho entre a Lei das XII Taboas e o *Corpus Juris* de Justiniano.¹

O terceiro periodo evolucional do Direito Romano é propriamente a obra dos jurisconsultos, influenciados pela philosophia grega e transformados de *juris interpretes*, que anteriormente eram, em *juris conditores*, que passaram a ser.

Já no tempo da primitiva realleza a cultura helenica tinha invadido Roma, inoculando-lhe no organismo vigoroso o germen das especulações philosophicas. Em fins do seculo V e no correr do VI eram em grande numero os romanos que iam a Athenas e Rhodes buscar os thesouros da sciencia e arte gregas, voltando á patria para fundar escolas filiadas aos systemas dos mestres. E do VII seculo em diante, quando

¹ Salvio Juliano foi um notavel jurisconsulto, da classe dos pretores, que viveu ao tempo do reinado de Adriano, — o *divus Hadrianus* de que nos falla Justiniano em uma de suas constituições.

Antes do trabalho de Salvio Juliano, um outro legista, Aulus Ofilius, havia compilado a legislação edictal, como se pode ver de um fragmento de Pomponio, que vem no L. 1º T. 2º do Digesto, de *origine juris*. Mas o *Edictum Perpetuum* teve sobre a obra de Otilius a vantagem de ser ordenado pelo imperador e sancionado por um *senatusconsulto*.

O fim do *Edictum Perpetuum* foi fixar o direito honorario, dando-lhe expressamente uma alta autoridade. Elle continha, ao que dizem os autores, uma coordenação methodica do direito pretoriano, segundo os varios edictos publicados até o reinado de Adriano.

A proposito desta compilação ha duas cousas a notar: 1º, que a expressão *edictum perpetuum*, dada como titulo ao trabalho de Juliano, era corrente em Roma para designar os edictos annuaes de cada pretor; 2º, que depois de promulgado por Adriano o *Edictum* de Salvio Juliano, os magistrados continuaram a publicar annualmente os seus edictos. Uma passagem das *Institutas* de Gaio dá testemunho disso.

Deve-se concluir desse facto que o *Edictum Perpetuum* não teve senão um valor secundario e passageiro? De modo algum. As solemnidades de que Adriano o revestiu e a propria natureza do trabalho, que era, como já dissemos, uma coordenação methodica do direito pretoriano anterior, estão a indicar que o *Edictum* de Salvio Juliano manteve-se e perdurou como codigo geral e regimento commum do direito honorario. Os magistrados que vieram depois dessa compilação conformaram-se com ella em seu conjuncto, edictando, quando muito, disposições accessorias ou meras regras de forma, reclamadas pelas condições do momento.

E' essa a opinião da generalidade dos autores. Vid. *Histoire de la legislation romaine* de J. Ortolan.

Diogenes, Critoláos e Carneades — os tres deputados de Athenas — *attirèrent par leur eloquence l'attention des romains*, como informa Ortolan, a agitação helenista chegou ao seu auge.

É curioso observar como se effectuou em Roma a confluencia das diversas correntes philosophicas da Grecia, e como a jurisprudencia foi o leito que ellas mais facilmente poderam cavar para serpearem atravez da Italia e do mundo.

O atomismo de Leucippo e Democrito, o Pythagorismo, o Socialismo, o Epicurismo, o *academismo* de Platão, o *stoicismo* de Zenão o Crisippo, o *peripatetismo* de Aristoteles, vieram transfundir-se em Roma na doutrina *academico-stoica* de Cicero, no *platonismo erudito* de Favorino o Alcino, no *scientificismo-poetico* de Lucrecio, no *néo-pythagorismo* de Quinto Sexto e Nigidio Figulo, e na brilhante *escola stoica* do Anneo Seneca, Epicteto e Marco Aurelio. Como era natural, os juristas do tempo não poderam fugir á influença das idéas reinantes. Por isso o Digesto dá-nos testemunho da *sympathia* de Callistrato pelas doutrinas platonicas, da autoridade de que gosava Aristoteles para Juliano, da veneração com que Marciano falava do stoicismo, e do respeito que Ulpiano e Juliano votavam aos philosophos em geral.

Dahi para a concepção e sustentação de um *jus naturale*, de uma *lex naturoe* e de uma *ratio naturalis* impondo-se aos homens nas suas relações de seres intellligentes e responsaveis, não havia senão um passo, desde que os philosophos tinham aberto o caminho para taes conceitos. E o Digesto está cheio de textos eloquentissimos a esse respeito. Os grandes espiritos da jurisprudencia classica, a pleiade memoranda dos Gaios, Papinianos, Paulos, Ulpianos e Modestinos, conseguem realizar o consorcio da philosophia grega com o direito patrio, realizando ao mesmo tempo, com a criação do *jus naturale*, a equação admiravel das duas velhas fontes legaes: o *jus civile* e o *jus honorarium*.

Uma vez effectuado esse trabalho, o Direito Romano desse terceiro e ultimo periodo quasi nada mais tem de commum com o velho direito quiritario, inimigo dos estrangeiros e da plebe. Theodosio e Justiniano acham o terreno desbravado e podem então effectuar suas codificações, nas quaes os traços do philosophismo grego e christão emergem, em relevos altos, das profundidades cahoticas do antigo *jus strictum*. Foram-se as distincções entre propriedade *quiritaria* e *bonitaria*, entre *res Mancipi* e *res non Mancipi*, entre *latinos Junianos* e *dediticios*, entre *usucapião* e *prescrição*, entre *obrigações civis* e *honorarias*, entre *hereditas* e *bonorum possessio*, etc.

De tudo isto se conclue que o texto do Digesto e das Institutas que divide todo o Direito privado em *natural*, *das gentes* e *civil* (*Privatum jus tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus proceptis, aut gentium, aut civilibus*) é não só uma divisão didactica como tambem, e principalmente, uma synthese da evolução historica do Direito Romano, inda que chronologicamente invertida.

Podemos, pois, repetir algumas palavras que escrevemos algures:

Como de uma cellula ou de um organismo simplissimo, no dizer dos naturalistas modernos, sahem monogamicamente, e por scissiparidade, novas cellulas e novos organismos dotados de vida propria; assim do direito patricio e quiritario, do *optimum jus civium romanorum*, do *jus civile* em summa, nasceram, primeiro o *jus gentium*, e depois o *jus naturale*, que alargaram o circulo da actividade juridica dos romanos, e reunidos afinal transmittiram até nós o inexgotavel thesouro da legislação e jurisprudencia latinas.

Esse thesouro está encerrado na compilação justinianeia, ou melhor, no *Corpus Juris Civilis*, que é a crystalisação superior de mais de dez seculos de faina juridica a que se entregaram os melhores espiritos do

povo-rei. O *Digesto*, as *Institutas*, o *Codigo* e as *Novellas* são outros tantos arcos de abobada de uma grande nave, sob a qual resam a missa eterna do Direito as gentes da civilização occidental.

Foi no *Corpus Juris* — area que durante o preamar da inundação barbarica sobrenadou gloriosa — que se conservou vivo e fecundo o espirito juridico que anima hoje os codigos e leis do mundo culto. Resurgida no seculo XII como base da *Glosa*, a codificação de Justiniano injectou nos povos modernos os seus principios cardeaes, a sua orientação, enfim, as idéas e sentimentos que formaram a trama intima das nossas actuaes concepções juridicas. Diz muito bem Ihering: “No fundo como na fórmula todas as legislações modernas baseiam-se sobre o Direito romano: elle tornou-se, para o mundo moderno, como o christianismo, como a litteratura e a arte gregas e romanas, *um elemento de civilização*; nosso pensamento juridico, nosso methodo, nossa fórmula de intuição, toda nossa educação juridica em uma palavra, tornou-se romana.”

E hoje, apesar de morto como codigo, como legislação activa e coercitiva, o *Corpus Juris Civilis* age e commanda, transfundido na consciencia juridica de todos os povos. E sobre elle debruçam-se demorada e meditativamente os juristas de todos os paizes, relendo nas suas paginas e nas suas disposições a accidentada historia de “um desses povos centraes nos quaes se concentram, como em um fóco luminoso, os raios dispersos da humanidade”, no dizer de Huschke.

Essa historia, na qual a *logica rigorosa* e o *espirito conservador* dos romanos representaram o papel principal, é a historia de um povo dotado de uma “vontade firme e energica” que servindo-se dessa qualidade superior fez triumphantemente sua trajectoria, lutando e fazendo da luta o instrumento de seu progresso e da sua grandeza. A historia romana, e com ella a historia do direito romano, é um campo de batalha, abstrahindo mesmo das guerras militares ou dos feitos marciaes

que nella enxameiam. Lutas entre os primitivos povoadores, lutas entre patricios e plebeus, lutas entre a idéa nacional e o sentimento cosmopolita, lutas entre o direito stricto e honorario emendaram-se, superpuzeram-se e dominaram toda a vida de Roma.

Dahi os contrastes ou as antitheses que offerece ao observador o mundo romano. Tomemos ao profundo e sabio autor do *Espirito do Direito Romano* um quadro dessas antitheses:

“De um lado a soberania do povo e todo orgulho do espirito de independencia individual, do outro os poderes os mais extensos da magistratura, a disciplina de ferro do chefe do exercito fóra de Roma, e, em caso de necessidade, a autoridade illimitada, mesmo em Roma, do dictador; aqui a casa fechada com a plena soberania domestica, ali o censor que, semelhante a um pedagogo, submete á sua jurisdicção todos os segredos da casa; aqui o mais cioso amor da liberdade; ao lado a popularidade de um funcionario que em vez de lisongear o povo exercia suas funcções com a autoridade de um rei. Em lugar de um só titular para cada alta funcção, dois, podendo cada um paralysar a acção do outro; em opposição com a magistratura patricia a instituição plebéa dos tribunos, encarnação organizada da negação politica. Entre o povo o mesmo dualismo: duas especies de assembléas populares — os comicios por centurias e por tribus. Mais acima o Senado, com o seu poder elastico, com o direito, notadamente, de annullar as leis e as eleições, — direito que senão em seu espirito, ao menos na pratica, implicava a possibilidade de uma negação da vontade do povo.”

Entretanto atravez das suas lutas e apezar dessas antitheses, o povo romano chegou a este resultado tambem constatado por Ihering: — *força, ordem, unidade*.

É que — explica o mesmo autor — para Roma o contraste, a contradicção, a luta, não eram, nos seus bellos tempos, senão o exercicio de sua força.

Orgulhemos-nos nós outros dessa força, de que fomos herdeiros pela raça e pela educação juridica.

IX

Celtas e slavos; sua antiga physionomia juridica. Os Germanos e suas instituições primitivas.*

§

O mundo romano confinava com o mundo barbaro; a historia romana, e portanto a do seu Direito, confina com a historia dos germanos e a do Direito germanico.

É pois aos costumes e leis dos povos germanicos que devemos agora dirigir os nossos olhares.

Mas não é licito fazel-o sem consagrar algumas palavras e referencias, mesmo ligeiras, aos dois outros ramos da familia indo-européa, que, com os gregos, latinos e germanos, trouxeram da Asia a sementeira moral em que vinham encubados os fructos da civilisação do occidente.

Queremos referir-nos aos celtas e slavos, que, como anteriormente deixámos notado, fixaram-se, os primeiros, na extrema occidental da Europa (Grã-Bretanha e Irlanda, Gallia e peninsula iberica) e os segundos nas partes oriental e septentrional do velho mundo.

Estes esgalhamentos do vetusto e fecundo tronco aryano não abrigaram, sob seus ramos, civilisações originaes e poderosas, capazes de impor-se ao glorioso imperio latino e á vigorosa Germania. Dominados muito cedo — especialmente os celtas — pela cultura romana, submeteram-se ou retrahiram-se ambos, apparecendo-nos n'um periodo

* FONTES: — Cezar: *De bello gallico*; Dareste: *Et. d'hist. du Droit*; Sumner Maine: *Etudes sur l'hist. des inst. primit.*; Ernest Nys: *Etudes de droit. intern. et de droit polit.*; Letourneau: *L'évolution jurid. dans les div. rac. humaines*; Von Schulte: *Histoire du Droit et des inst. de l'Allemagne* (trad. de Fournier); Ginoulhiac: *Hist. générale du Droit Français*; A. Esmein: *Cours elem. d'hist. du Droit Français*; Tacito: *Moeurs des germains* (trad. de Burnouf); Carle: *La vita del Diritto*; Eschbach: *Introd. gen. à l'étude du Droit*.

relativamente moderno, já transformados por influencias alienigenas e especialmente pelo influxo das idéas e instituições do christianismo.

Em todo caso não é licito deixal-os em esquecimento, n'uma epocha em que as pesquisas linguisticas, archeologicas e historicas, estão a reconstruir povos e civilisações desaparecidas, empregando nesse trabalho a mesma tenacidade e segurança com que um paleontologista reconstrue especies animaes extinctas.

Dão-se além disso as circumstancias de ter sido a atenção dos eruditos contemporaneos attrahida, de cincoenta annos a esta parte, para o estado e interpretação dos velhos documentos relativos aos celtas e ao seu Direito, e de terem sido os slavos; estudados largamente na sua organização familiar e territorial primitiva, — o que veio fornecer mais uma prova de sua filiação indo-européa.

Na Historia, como no mundo material, nada se perde; as instituições ignoradas de uma raça esquecida são, em regra, o adubo fecundissimo de uma civilisação subsequente. Tanto é assim que um escriptor notavel já asseverou terem sido os celtas um dos elementos influenciadores do pensamento moderno. Segundo esse escriptor, ao qual se refere o eminente professor E. Nys, Roma deu-nos as tradições de ordem; o genio germanico o vigor intellectual que permittiu ao homem um exame aprofundado das cousas, e o elemento celtico o espirito de curiosidade, o amor da novidade, a predilecção pelas soluções radicaes.

Si é isto verdade temos razão em determo-nos neste ponto.

Tudo quanto se tenha a dizer das instituições juridicas peculiares aos celtas deve ser procurado na collecção das antigas leis

irlandesas, que até principios do seculo XVII mantiveram-se em vigor, lutando valentemente contra as invasões do direito inglez.¹

Essas leis, de uma “profunda originalidade” no dizer de Sumner Maine, estiveram esquecidas e fragmentadas até meados do nosso seculo. Mas em 1852 o Governo britanico ordenou a collecta, copia e publicação dos manuscriptos existentes, encarregando desse importante trabalho os sabios Curry e Donovan, cujas pesquisas foram posteriormente completadas por Hancock, Mahony, Richey e Hennessy.

Graças ao esforço desses eruditos podemos hoje encontrar reunidos em uma publicação notavel (*Ancient laws of Ireland*, Dublin, 1865-1879; 4 vol) os principaes documentos da velha legislação irlandeza e portanto do primitivo direito celtico. E d'entre esses documentos um ha, que pela sua extensão e valor intrinseco, póde ser considerado uma especie de *Digesto* da jurisprudencia celtica. *Senchus Mor* é o nome irlandez desse documento e significa, ao que parece, *grande collecção de antiguidades*.

Esse trabalho, cuja redacção remonta provavelmente ao seculo V, ao dar-se a introduccção do Chistianismo na Irlanda, é verdadeiramente uma compilação de velhas regras de direito costumeiro revestindo uma forma tão archaica quantos os usos em que se funda. Ao

¹ Dos outros paizes onde se localizou o elemento celtico pouco ou quasi nada se sabe a respeito das primitivas instituições. Os escriptos de Cezar sobre a Gallia, as pesquisas feitas sobre as antigas cartas da Bretanha e sobre os costumes da Escossia e do paiz de Galles, nenhuma base larga e forte offerecem para a interpretação das antiguidades desses paizes. “Desses dados, diz Dareste, foram tiradas inducções engenhosas mas nada de certo nem de positivo.” Um outro autor, E. Nys, escreve a respeito o seguinte: “Ha vinte e tres seculos a maior parte da Europa era dominada pelos celtas. Mas successivamente estes foram obrigados a recuar deante dos carthaginezes na Hespanha, deante dos romanos no norte da Italia, deante dos germanos na Europa Central; a Gallia foi conquistada por Julio Cezar, os paizes celticos da margem esquerda do Danubio foram invadidos pelo Imperador Augusto; as armas romanas submeteram uma parte da Grã-Bretanha. Na propria Gallia o direito celtico foi esmagado; apenas ficaram delle vestigios na Bretanha. Elle se manteve, porém, no paiz de Galles, nos *highlands* da Escossia e na Irlanda. O direito gaulez, tingido de romano, foi conservado nas collecções do XIII seculo, attribuidas a Hoel le Bon; raras indicações ficaram sobre o direito da Escossia.”

lado do velho texto apparecem duas *glosas*, de data incerta mas em todo caso muito posterior á da redacção do documento.

Eis como Dareste descreve os moldes do *Senchus Mor*: —
“Nada de methodico nem de systematico. Decisões particulares sem laço apparente, applicando regras que não são formuladas em parte alguma, empregando termos que não definem. Pouca ordem, nenhuma idéa geral. Por toda parte versos cujo metro foi quebrado para delles fazer-se prosa.”

Esses defeitos de forma, porém, não annullam o valor historico juridico, a alta importancia scientifica do *Senchus Mor*, a cujo estudo se tem applicado espiritos como os de Curry, Sullivan, Samuel Maine, Jubainville o muitos outros. Tanto quanto os mais antigos codigos brahmanicos, com os quaes, aliás, tem affinidades estreitissimas, o livro principal das leis irlandezas é de inestimavel preço para a historia, para a philologia, para o direito, e mesmo para a etimologia. Por elle comprova-se a filiação dos celtas á familia indo-européa, a filiação dos idiomas celticos ao sanscrito, a filiação dos velhos usos juridicos irlandezes ás instituições da India brahmanica. Por elle, e pelos outros livros da collecção das *Ancient Laws of Ireland*¹ verifica-se que os celtas, como os outros povos indo-europeus “conheceram e praticaram a vingança privada, o preço do sangue, a tarifa das offensas physicas, a compra das mulheres, a vida de tribu, a propriedade collectiva do solo, as ordalias, a prova por juramento e os cojuradores.”

Vê-se daqui que o direito celtico é digno de toda attenção por parte dos que arroteiam a gleba juridica.

As velhas leis irlandezas não constituem, como bem observa Summer Maine, um verdadeiro edificio legislativo; ellas são antes um

¹ Referimos-nos ao *Livro de Ai ill*, interessante tratado de regras de direito entremeiadas de proverbios, representando as sentenças doutrinaes dos dois celebres jurisconsultos Cornac e Cennfaeladh, e ao *Crith Gablach*, outro pequeno livro das *Ireland's laws*, em que se estabelecem as classes e prerogativas dos membros da tribu irlandeza, isto é, o rei, os nobres e os simples homens livres.

Digesto de regras e sentenças formuladas por uma classe de legistas officiaes, ou titulados, que tinham o nome de *brehons*. Dahi o chamar-se também o direito celtico — *direito brehon*.¹ “Esta vasta litteratura juridica recentemente exhumada (diz o sabio autor da *Early history of Institutions*) dá testemunho da autoridade dos Brehons em todas as materias leaes e faz presumir fortemente que elles eram os arbitros exclusivos de todos os processos. Entre os seus escriptos encontram-se tratados isolados sobre os direitos successorios e as demarcações, e quasi á cada pagina das traducções faz-se allusão ao *eric*, ou composição pecuniaria por homicidio.”²

Parece que a classe dos *brehons* da Irlanda correspondia ao que era, entre os celtas da Gallia, a classe dos *druidas*. Sumner Maine, comparando as narrações de Cezar, relativas aos *druidas*, com os textos do *Senchus Mor* e do *Livro de Aicill* e os escriptos referentes aos *brehons*, declara que existem entre as duas classes analogias sérias e mesmo frisantes.

Achamos perfeitamente acceitavel a opinião do mestre, porquanto é naturalissimo que duas familias do mesmo grupo ethnico — gaulezes e irlandeses — tivessem instituições senão similares ao menos equivalentes.

E façamos ponto aqui sobre o direito celtico, do qual já dissemos bastante para que se faça uma idéa do que elle foi.

¹ A palavra *brehon* vem de um verbo que significa *arbitrar*. Os *brehons* (*briem*) tinham dias marcados, nos quaes, sobre uma colina elevada, diziam ou declaravam o direito entre os demandistas ou partes litigantes. “No direito irlandez, (diz o autor dos *Etudes de Droit International et de Droit politique*) nada de poder legislativo nem de poder judiciario; sentenças arbitraes que podem não ser acceitas, mas que são acolhidas e respeitadas, tal é a situação. Aos olhos dos *brehons* legislar seria um excesso de poder e julgar parecia um injustificavel ataque á liberdade do individuo.”

² Convem notar entretanto que o eminente Dr. Sullivan emittiu a opinião de que se pode dar a certas partes do systema legal irlandez o nome de *Direito statutorio*, porquanto havia em certas partes da Irlanda verdadeiras *legislaturas*. Sumner Maine procura conciliar essa opinião com a sua, explicando que nos tempos primitivos não se conhecia a distincção entre funcções legislativas e judiciarias, sendo o legislador e o juiz, não innovadores, mas sim meros declaradores do direito.

Do direito dos primitivos slavos não nos é preciso dizer senão que suas instituições apresentam os mesmos caracteres fundamentaes e geraes que temos constantemente encontrado na base de todas as sociedades de sangue indo-europeu.

Fallando dos tchéques, diz R. Dareste: "O antigo direito da Bohemia, como o dos outros paizes slavos, tem sua base na *comunidade de familia*; os mais antigos monumentos do direito tchéque mostram-nos um estado de cousas muito primitivo: as guerras privadas, a vingança do sangue já temperada pelo uso das composições, as ordalias pelo combate judiciario, o ferro em braza e a agua fervente."

O estudo das populações russas, polonezas, balkanicas, e em geral de todas as familias slavas, confirma os assertos que ahi ficam. Ch. Letourneau passou em revista os velhos costumes dos servios, dos montenegrinos, dos dalmatas, dos bohemios, dos russos, dos polonezes e dos lithuanianos, e em todos elles verificou a existencia dos institutos juridicos penaes que têm a sua raiz nas concepções e creações sociaes dos aryas primitivos: a vingança, a responsabilidade collectiva da familia ou da tribu, as ordalias, os cojuradores, etc.

Por outro lado constatou-se que a propriedade collectiva da aldeia (do clan ou da tribu) tão conhecida no Oriente, manteve-se entre os slavos até uma epocha relativamente recente, e isso veio reforçar o pensamento da continuidade ethnica e judica entre os povos da Asia e da Europa. Não ha necessidade pois, de recorrer ao Estatuto de Cornado Otton (*jura zuppanorum*) ao manuscrito do Elbing, aos tratados de Oleg, Igor e Sviatoslav, aos estatutos de Mathieu e do cantão de Vinodol,¹ para apanhar a physionomia do antigo direito slavo. Ella ahi fica

¹ O Estatuto de Conrado, tambem chamado *jus Conradi*, condensou em 32 artigos a primitiva legislação da Bohemia e da Moravia, isto é, o direito *tchéque*; o manuscrito de Elbing, redigido no seculo XIII e cujo original existe na bibliotheca da cidade do Elbing, é o mais antigo monumento do direito polonez; os tratados de Oleg, Igor e Sviatoslav, em numero de quatro, são os mais velhos documentos do direito russo; os estatutos de Mathieu e Vinodol são as fontes mais remotas da legislação dos slavos do sul. O nome do primeiro vem do seu redactor e o do segundo deriva do cantão em que foi promulgado.

photographada, nas suas linhas geraes e salientes, evidenciando, aliás, o parentesco que une os slavos aos celtas e uns e outros aos gregos, romanos e germanos.

§

Quando bruxoleava já, batida pelos ventos da fatalidade historica, a deslumbrante luz do imperio romano do occidente, o centro da Europa estava occupado por um povo independente e bravo, cujos representantes impressionavam os romanos pelo seu aspecto de ferocidade e de força. De estatura elevada, de cabellos ruivos e de olhos ao mesmo tempo azues e ferozes, como os descreve Tacito (*truces et cerulei oculi, rutiloe comoe; magna corpora*) os Germanos (homens de guerra, *heermen*) dominavam a região limitada ao norte pelo mar, ao nordeste pelos sarmatas, a leste pelo Oder e o Wistula, a oeste pelos celtas e ao sul pelos Alpes.

Desde quando esses barbaros, nomades e caçadores, independentes e valorosos, que então acampavam ás portas do imperio romano, viviam ali, com a sua castidade e a sua bravura, com as suas crenças e as suas leis isentas de qualquer influencia extranha? Para responder a isso seria preciso ter-lhes acompanhado a aventureira viagem feita da Asia Central até o Caucaso e dahi ás paragens em que se localisaram afinal; seria necessario fazer a historia do estupendo movimento emigratorio que atirou ás terras da Europa as varias familias da stirpe aryana, após o desmembramento da raça-*mater*.

Nem um dado scientifico possuímos para pisar com segurança esse terreno; contentemo-nos pois com o facto verificado e estudemos os germanos no seu *habitat* do começo de nossa era.

Segundo o dizer dos historiadores estavam elles divididos, no momento da invasão do imperio romano (seculo V) em tres ramos: o dos Istavons, que habitavam as margens do Rheno até o mar, o dos

Ingavons, que ficava a leste do dos Istavons, e o dos Herminons. Algumas outras populações destacadas completavam o mundo germanico.

Segundo a narração de Tacito (*De situ, ritu, moribusque Germanioe*) que, no dizer de Esmein, passou durante muito tempo por uma especie de romance philosophico, mas que a critica moderna rehabilitou dando-lhe o valor de uma obra de observação e de precisão, os germanos eram um povo puro, extreme de liga com qualquer outro, que vivia da caça em perpetuo nomadismo, tendo um genero de vida simples e um caracter aberto, franco, cheio de um forte instinto de independencia e liberdade, e de respeito e amor pelos antepassados e pela familia, o que não impedia que fossem amantes do ocio, das bebidas e do jogo nos intersticios das occupações venatorias e guerreiras.

De todas essas notações do caracter germanico a mais importante e que mais interessa ao nosso estudo é a do sentimento de liberdade e de independencia pessoal, que animava os barbaros do norte.

Não é esta a primeira occasião que temos de salientar tal caracteristica do temperamento germanico. Desde Ahrens, Laurent e Guisot até G. Carle e Saverio de Cillis, todos os autores affirmam que os germanos trouxeram ao mundo moderno a nota vibrante do sentimento energico de independencia e de autonomia pessoal, da consciencia da força e do valor do individuo. E essa feição psychologica reflectiu-se no respectivo Direito, differenciando-o profundamente, sobretudo na parte processual, da intuição juridico-romana.¹ No capitulo seguinte faremos detidamente a demonstração deste nosso asserto.

Na epocha de Tacito a roça germanica, sem cohesão e unidade, estava dividida em numerosos grupos independentes tendo a mesma lingua, os mesmos usos e a mesma religião, mas sem laço politico que os ligasse, que os integrasse em um corpo nacional organizado, ou

¹ Vid.: *Fragments Juridico-philosophicos e Historia do Direito Nacional*, do autor.

em um Estado. Sua religião era um polytheismo grosseiro, sahido apenas da ultima phase fetichista, em que os deuses eram representações das forças da natureza e cujos templos eram os bosques sagrados. Como entre todos os povos na infancia os usos e praticas religiosas misturavam-se aos costumes e regras juridicas, as quaes, conforme observa Von Schulte, tinham sempre o seu fundamento nas necessidades dos individuos.

Cada um dos varios grupos ou populações independentes em que se dividiam os germanos constituia um pequeno Estado a que Tacito dá o nome de *civitas*. Tudo leva a crer que as *civitates* germanicas eram, como as primitivas cidades gregas e italicas, aglomerações de familias, que conservando embora sua individualidade propria, viviam sob um governo communal, de forma democratica. Apenas ha a notar, neste assumpto, que o elemento urbano faltava inteiramente á *civitas* dos germanos. Tacito diz expressamente: *nullas germanorum populis urbes habitari satis notum est*.

A forma politica das civitates era em geral republicana. Cada *civitas* se subdividia em circunscripções inferiores chamadas *pagi* pelo historiador romano, as quaes tinham suas autoridades singulares e locais.¹ Mas a soberania, o poder supremo, residia em uma assembléa composta de todos os homens livres em idade de trazer armas. “Nenhum germano (escreve Tacito) usa armas de guerra sem que a *civitas* o tenha investido dessa capacidade. Na epocha devida um dos chefes, ou o pae do mancebo, ou um de seus parentes, o arma em plena assembléa, com a lança e com o escudo. É essa a toga viril dos germanos; são essas as suas primeiras honras: anteriormente elle era membro da familia; só então passa a ser membro do Estado.” O nome germanico dessa investidura é *swertleite*, e de tal importancia era ella que alguns autores attribuem-lhe a natureza e os efeitos de um acto de emancipação.

¹ Segundo todas as probabilidades o *pagus* foi no começo um agrupamento de 100 chefes de familia.

A assembléa do povo (*concilium* na linguagem de Tacito, e *mallum*, *thing* e *allting* na dos autores germanicos) deliberava sobre todos os grandes negocios da communhão e especialmente sobre a guerra e a paz; os casos de menor importancia eram decididos pelos chefes dos *pagi* (*principes*) eleitos pelo *concilium*. Este reunia-se ordinariamente em dias marcados, nas conjuncções da lua. Eis como Tacito descreve as formalidades das sessões das assembléas germanicas:

“Quando a reunião se apresentava bastante numerosa, tomavam todos assento, completamente armados. Os sacerdotes ou chefes religiosos ordenavam silencio. Em seguida o *rei*¹ ou chefe mais distincto pela idade, pela nobreza, pelos feitos ou pela eloquencia, tomava a palavra e fazia-se escutar pelo ascendente da persuasão mais do que pela autoridade do commando. Si o alvitre desagradava era repellido por murmurios, no caso contrario era aprovado pela agitação das lanças. Este suffragio das armas era o signal mais honroso do assentimento á medida proposta.”

Dissemos que a assembléa dos homens livres occupava-se dos altos negocios da communhão, deixando os menores ao cuidado dos chefes locais. Precisamos acrescentar que ella não era só uma corporação politica e legislativa, sim tambem um tribunal judicial que decidia os casos criminaes mais importantes ou de accusações capitães, e perante o qual se effectuavam certos actos solemnes, taes como a manumissão, o casamento, a transmissão dos bens, etc.

Os chefes locais a que temos alludido — chefes dos cantões ou dos *pagi* — eram os *principes*, eleitos vitaliciamente d’entre os nobres, como os reis. As attribuições delles consistiam em commandar o contingente militar do pagus e em administrar justiça nas causas

¹ Não pareça estranho o dito de Tacito em confronto com a nossa affirmação, feita algumas linhas acima, de que a forma politica das sociedades germanicas era, em geral, a republicana. Primitivamente esta forma de governo era, com toda probabilidade, a universalmente estabelecida. No tempo de Tacito, porem, uma modificação se havia operado, entre grande numero de hordas, no sentido monarchico. Além de um chefe militar ou *dux*, que era eleito em tempo de guerra, os germanos haviam instituido a realeza, sem destruir nem modificar profundamente a antiga constituição republicana. Os *reis* desse periodo, eleitos vitaliciamente e tirados da classe dos nobres, tinham, ao que parece, poderes muito restrictos e privilegios muito insignificantes, não possuindo nem a soberania do *concilium* nem a autoridade do *dux* em tempo de guerra.

ordinarias. *Principes regionum atque pagorum inter suos jus dicunt, controversiasque minuunt*, diz Cezar falando dessas autoridades de ordem secundaria. Elles julgavam assistidos por cem *companheiros* ou homens livres, que constituíam em tempo de guerra seu corpo de exercito e em tempo de paz sua guarda de honra. Essas *centurias*, que são uma das mais curiosas instituições germanicas (sem serem aliás privativas dos germanos) e que receberam de Tacito a denominação de *comitatus*, eram uma especie de clientela militar, que ficou na lilteratura juridica da França com o nome de *compagnonnage* e na da Allemanha com o de *gefolgschaft*.

Falámos ha pouco em *homens livres*, o que dá a entender que entre os germanos existia escravatura. Assim era efectivamente. A *civitas* compunha-se de individuos livres e de escravos, subdividindo-se os livres em *simplesmente livres* ou *ingenuos* e *nobres*. Era homem livre todo aquelle cujos paes eram livres por occasião do seu nascimento. O signal caracteristico da liberdade para o germano estava, diz Von Schulte, no facto do não ter elle outro senhor alem da *civitas*, sendo, nos limites da lei, independente de qualquer outro poder e tendo o pleno direito de mandar na sua familia e na sua terra. Os homens livres faziam-se distinguir exteriormente dos não livres pelo uso de vestes especiaes e de uma longa cabelleira; só elles tinham capacidade para ser proprietarios, para carregar armas, para fazer parte das assembléas populares e para usar do talião contra os offensores dos seus parentes.

Os *nobres* eram homens livres aos quaes os germanos attribuiam qualidades mais elevadas que as do commum, por sua ascendencia ou por sua situação pessoal. Os autores não chegaram ainda a accordo sobre a origem provavel da nobreza germanica, que aliás não parece ter tido como privilegio senão o de fornecer á *civitas* os seus reis, os seus principes, e talvez os respectivos *comites*.

Os escravos eram os individuos submettidos sem restricção ao poder (*mundium, mundeburdium, hand*, que equivaliam á *potestas* romana) de um homem livre. Os factores da escravidão eram a descendencia de paes escravos, a captura feita na guerra e a passagem voluntaria ao estado de escravo. A esta ultima especie de escravidão referiu-se Tacito quando disse: *victus voluntariam servitutem adit*.

Os escravos eram incapazes de possuir, prohibidos de contrahir casamento e não gozavam de protecção publica. Parece que elles eram classificados em dois grupos: o dos *escravos objecto de commercio*, entre os quaes é provavel que estivessem os devedores insolvaveis, e o dos *escravos agricolas*, que eram uma especie de colonos, cultivadores das terras do senhor.

Como meio termo entre homens livres e escravos conheciam os germanos duas outras classes de individuos: a dos libertos e a dos *lites* (*lazzen, liti* ou *leti* e mais tarde *aldien, aldionen*). Os libertos ou manumittidos ficavam sob o *mundium* do senhor ou passavam ao do rei; não gozavam do pleno direito de propriedade nem podiam exercer direito algum politico. Os *lazzen* ou *liti* eram provavelmente prisioneiros de guerra reduzidos a uma especie de servidão em proveito da *civitas* conquistadora. Como os libertos, os *liti* não gozavam de direitos politicos e cultivavam certos campos sob o gravame de numerosos tributos.

A' semelhança do que vimos dar-se entre os demais povos na infancia da civilização, encontramos o direito privado dos velhos germanos intimamente ligado ao seu direito publico e politico. O laço que estreitava esses dois aspectos da vida em commum era a familia, cujos direitos eram inseparaveis dos da communhão. A familia, aliás, é uma das instituições características da constituição germanica, no dizer de Ginoulhiac. A base da sociedade familiar era o casamento monogamico, para o qual o homem, do mesmo modo que a mulher, devia entrar puro e são. O casamento effectuava-se pela compra da mulher a seu *muntporo*,

isto é, á pessoa que a tinha sob seu poder ou *mundium*, e precediam-n'os esponsaes, ou convenções sobre o preço da compra e sobre o dote, os quaes eram annunciados na assembléa da tribu, ou *mallum*.

Si bem que pelo casamento por compra a mulher cahisse sob o *mundium* do marido, nem por isso a sua condição na familia era a de uma escrava ou de um ser inferior; os germanos tinham o culto da mulher e sem usurpar a autoridade do homem ella occupava, na familia, como esposa, uma posição elevada e cheia de prestigio. Por isso mesmo era que ao homem e não á mulher cabia a constituição do dote, por occasião do casamento: *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus affert*.

Em todo caso na sociedade conjugal o marido era o chefe, como o era na sociedade familiar: si a esposa faltava aos seus deveres elle tinha o direito de punil-a. Igual autoridade exercia o chefe de familia sobre todos os membros della, a partir dos filhos e a terminar nos escravos. O *mundium* do germano chefe de familia exercia-se sobre sua casa, sua terra e respectivos moradores ou habitantes; uma offensa feita a qualquer das pessoas submettidas ao seu poder era considerada como feita ao proprio chefe de familia. A elle é que competia tomar a necessaria vingança ou perseguir em justiça o offensor. Uma intima solidariedade entre todos os seus membros, ligados por direitos e deveres reciprocos, era, de resto, o caracteristico da familia germanica.

Era por familias que os germanos se organisavam e marchavam para a guerra; era a familia que decidia sobre todos os actos modificadores da capacidade de um de seus membros, como a emancipação e o casamento; era em familia que o accusado apparecia em juizo para se defender; era em nome da familia inteira que se promovia a punição do offensor de um dos membros dessa familia; era ainda esta, no seu conjuncto, que recebia a reparação do ultrage ou offensa. Dessa organização de assistencia e garantia mutua derivavam certos institutos de caracter especial, como fossem: o direito e o dever de vingança para

cada membro da familia respectivamente aos outros e como consequencia o direito e o dever de receber ou pagar a composição pecuniaria (*wergeld*) pelo offendido ou offensor; a obrigação imposta a todos os membros da familia de prestarem-se entre si ao officio de cojuradares; o direito de successão para todos os parentes mesmo contra a vontade do *decurjus*. *Heredes successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum*, deixou dito Tacito. O parentesco era computado por linhas masculina (*swertm ge, germ ge*) e feminina (*spill m ge, kunkel*) e por grãos que se contavam do pescoço até as unhas da mão, podendo-se assim enumerar 5, 6 ou 7 gerações.

A propriedade imovel individual não existia entre os germanos, pelo menos com relação ao solo cultivavel ou de pastagem; o direito commum era a propriedade collectiva, repartida periodicamente para uso privado. (*Marcha* ou *Marke*). Eis como A. Esmein expõe o regimen então em vigor:

“A *civitas* ou talvez cada centuria tomava posse de um terreno proprio para a cultura, de que ella se fazia proprietaria, e periodicamente, por intermedio do *principes* eram demarcados os lotes e distribuidos  s familias que delles gosavam e recolhiam os fructos até uma nova partilha; os pastos e mattas ficavam sendo de uso e goso commum. As partilhas renovavam-se todos os annos e faziam-se segundo regras que nós não conhecemos.”

Assevera o autor citado que tal era o regimen agrario no tempo de Cesar e no de Tacito; accrescenta, porém, e com razão, que elle não excluia em absoluto a propriedade individual do sólo, porquanto não se pode negar que o terreno em que assentava a casa do chefe de familia com as respectivas dependencias, era tido como propriedade deste, formando assim uma especie de ilha de propriedade individual no mar do collectivismo geral e dominante.¹

¹ A respeito deste assumpto   util conservar na memoria o seguinte trecho do Michelet (*Orig. du Droit Franc.*):

Referindo-se a este assumpto, que aliás tem servido de base, modernamente, a notaveis theorias collectivistas sobre a origem e natureza da propriedade, escreve Ginoulhiac: “Cada anno os magistrados assignavam á cada familia uma porção de terra mais ou menos consideravel segundo o numero e a dignidade dos seus membros, e no anno seguinte uma nova partilha era feita, passando-se de um sitio para outro. Explica-se isto pelo facto de não serem os germanos agricultores, no tempo de Cesar e Tacito pelo menos, e de viverem principalmente de leite e de carne dos seus rebanhos, nos varios sitios onde os levava o seu nomadismo.”

Limitam-se ao que ahi fica as noticias que temos sobre o direito das pessoas e das cousas entre os primitivos germanos. Como se vê são apenas os traços geraes das instituições, sendo impossivel, por falta de documentos, entrar nos detalhes da antiga organização juridica do mundo barbaro. As narrações de Cesar e de Tacito não vão além do que aqui deixamos consignado.

Digamos, porem, alguma cousa do direito penal germanico. Na epoca em que invadiram e desmembraram o imperio romano do occidente, os barbaros do norte estavam na phase de passagem da vingança privada para a composição pecuniaria. “Todos os delictos contra particulares davam ensejo á vingança privada, á guerra de familia a familia; mas a paz se fazia de ordinario mediante uma indemnisação paga pelo culpado e consistente em cabeças de gado — a moeda primitiva.” Nada de penas corporaes a não ser para os grandes crimes que interessavam a segurança do Estado; os trahidores e os transfugas eram

“O traço mais original do direito romano primitivo é o ager, ou campo limitado, orientado; o do direito allemão é a Marcha (marke) ou terra indivisa, que pertencia á communa. Nas vastas florestas da Allemanha a Marcha era a clareira. A floresta muitas vezes era contada na Marcha, assim como os rios, regatos, pastos, prados incultos, os animaes selvagens, os passaros, as abelhas. A Marcha, propriedade commum, indivisa, é uma dependencia da propriedade dividida, individual. Não se tem direito á primeira enquanto não se participa da segunda. Todavia são duas inimigas que lutam para levar vantagem uma á outra.”

enforcados e os covardes afogados na lama; porém para o homicidio, os ferimentos, as injurias, o roubo e o furto, as penas eram pecuniarias e tarifadas segundo a gravidade do delicto e a dignidade da pessoa offendida. A composição em dinheiro ou antes o preço do crime chamava-se *wergeld*, como já fizemos notar, e era exigido ou pago solidariamente pela familia do offendido ou offensor, como tambem já tivemos occasião de dizer. Quando o regimen monarchico substituiu as primitivas instituições democraticas, o *wergeld* dividiu-se em *faida*, composição devida á parte lesada, e em *fredum* multa ou pena pecuniaria paga ao soberano.

Ao tratarmos da assembléa popular dos germanos, na qual residia o supremo poder, dissemos que perante ella eram levados os casos judiciarios de natureza grave. Tanto basta para significar que o *mallum*, ou assembléa do clan ou tribu, era o tribunal por excellencia dos barbaros. A principio a assembléa inteira tomava conhecimento das accusações e julgava; depois essa attribuição passou aos *rachimbourgs*, delegados da assembléa, que assentavam-se em quatro bancos de pedra dispostos em quadrado, e que senticeavam pela maioria de 7 votos, quando menos. A prova ordinaria, diz Letourneau, era a testemunhal: mas o juiz podia pedir o depoimento dos cojuradores ou uma prova que ordinariamente era a da agua fervente. O combate ou duelo judiciario era também frequentemente empregado.

§

A existencia das instituições que acabamos de desenhar pallidamente, quer as de ordem politica quer propriamente as de ordem juridica, não é attestada apenas pelos escriptos de Cezar e Tacito, as mais antigas fontes, que possuimos, dos primitivos usos e costumes da Germania. Os institutos barbaros que foram descriptos pelos dois grandes historiadores podem ser reconhecidos e examinados nas primeiras leis

redigidas entre os varios povos germanicos algum tempo depois do seu estabelecimento nas terras romanas do occidente.

Postos em contacto immediato com a população romana, os barbaros vencedores sentiram em breve a necessidade de definir e fixar pela escripta o seu antigo direito costumeiro. E assim se fez pouco a pouco, sendo compilados para cada povo ou tribu pequenos codigos locais que receberam o nome de *Leges*, e que foram redigidos em um latim barbaro, inçado de vocabulos allemães apenas latinizados por certas desinencias, como vemos, por exemplo, na palavra *mundium*.

Dessas leis havemos de occupar-nos posteriormente quando tivermos de descrever o *Corpus Juris Germanici*. Digamos por ora apenas que de todas as compilações feitas pelos germanos do seculo V em diante na Europa continental, as unicas que podem ser consideradas monumentos de pura legislação barbara são: a *lex frisonum*, a *lex saxonum* e a *lex thuringorum*. Todas as outras soffreram mais ou menos a influencia da legislação romana, inclusive a lei *salica*, que é aliás fundamentalmente germanica.¹

Para terminar este capitulo resta-nos somente fazer uma observação:

De accordo com a mór parte dos escriptores que se tem occupado do nosso assumpto não julgamos preciso nem util o estudo das velhas instituições do ramo scandinavo da raça germanica. Apezar da opinião de Pardessus, que para explicar certos institutos do direito francez julgava necessario remontar ao *Jons-Bok* e aos *Gragas*, collecções das mais antigas leis dinamarquezas, pensamos que nenhuma influencia exerceram os primitivos costumes scandinavos sobre a formação do

¹ Eis a lista das *leges barbarorum*, que compendiaram e fixaram o direito costumeiro das varias tribus germanicas: — *Lex salica*, *Lex ripuaria*, *Lex francorum chamavorum*, *Lex burgundionum* ou *gundobalda*, *Lex alamannorum*, *Lex wisigothorum*, *Lex bajuvariorum*, *Leges longobardicae* ou *longobardorum*, *Lex frisonum*, *Lex saxonum*, *Lex anglorum*, *werinorum et thuringorum*. Todas estas leis podem ser consultadas na grande collecção denominada *Monumenta Germaniae* e organizada por Stein, Pertz e Waitz.

direito moderno, podendo-se, quando muito, dizer que alguns delles apresentam pontos de contacto, naturalissimos aliás, com os do ramo propriamente germanico. Demais as varias compilações ou collecções das velhas leis suecas, norueguesas, dinamarquezas e islandezas são relativamente recentes, porque datam dos seculos XII e XIII, e as interpolações que nellas fizeram os seus redactores dão-lhes um aspecto moderno, para o qual muito contribue o elemento christão nellas introduzido.

É isso o que se póde facilmente verificar, compulsando os magnificos estudos de R. Dareste sobre as alludidas legislações.

X

O Direito germanico da epocha franca. O “Corpus Juris Germanici.”

— Intuição do Direito peculiar aos germanos, revelada nos seus institutos processuaes.*

§

Nas vespervas do desmoronamento do Imperio romano do occidente um possante ramo da familia germanica estava estabelecido sobre a margem esquerda do Rheno, prompto como os demais *heermen* a cahir sobre a presa que se lhe offerecia pavida e palpitante. Era o grupo dos *francos*, mais tarde divididos em *salios* e *ripuarios*, o qual comprehendia numerosas tribus, como fossem as dos *chattas*, *sicambros*, *chamávos*, etc.

* FONTES: — F. Von Schulte: *Hist. du Droit et des instit. de l'Allemagne*; Ginoulhiac: *Hist. gener. du Droit français*; Esmein: *Cours elem. d'hist. du Droit français*; R. Sohm: *La procedure de la lex salica*; trad. de Tevenin; Guizot: *Histoire de la civilisation en Europe*; Thierry: *Recits des temps mèrovingiens*; Michelet: *Origines du Droit français*; De Cillis: *Il diritto rom. à trav. la civil á européa*; Carle: *La vita del Diritto*; E. Littré: *Les barbares et le moyen âge*; Ahrens: *Enc. Juridique*; Eschbach: *Introd. gener. à l'etude du Droit*; Letourneau: *L'evol. Juridique*.

Ao povo dos francos estavam reservados o destino e a gloria de dar o nome a uma epocha da historia, exercendo uma poderosa acção hegemonica entre as populações europeas, pela constituição de um grande estado germanico, absorvente e dominador da quasi totalidade dos elementos barbaricos. *Epocha franca, periodo franco*, são expressões significadoras de uma phase da evolução humana em que a especie ethnica dos germanos francos impoz-se á Europa e á civilização, resumindo e centralizando as energias dos vencedores da Roma Occidental. A Gallia celtica já romanizada foi o theatro do notavel acontecimento historico, e a iniciativa deste facto eminente pertenceu aos francos saltos, os quaes, em meados do seculo V, invadiram, subjugaram o occuparam a velha terra dos venerandos *brehons* gaulezes e dos sagrados mysterios druidicos.

Duas dynastias de reis salios, a dos merovingios e a dos carlovingios, presidiram, como se sabe, á fundação e ao desenvolvimento do grande imperio franco. Clovis, da primeira, e Carlos Magno, da segunda, submeteram a seus sceptros a mór parte dos povos germanicos, e submettidos, por seu turno, á influencia do Christianismo trouxeram á antiga constituição social dos barbaros modificações politicas e juridicas das mais notaveis. A' historia universal cabe dizer como Carlos Magno, atravez das suas 53 campanhas, poudes reunir e manter sob seu pulso de ferro as populações germanicas e romanas de quasi toda a Europa, até o ponto de fundar um novo Imperio do Occidente, com a expressa e solemne sagração da Egreja. A nós o que compete é deixar consignado o facto da hegemonia franca sobre a Europa, do seculo V ao IX, e indagar qual foi a feição juridica do grande imperio germanico, successor do romano.

Dissemos no capitulo anterior que logo depois das invasões, quando estabelecidos em novos pousos e postos em contacto com as populações romanas ou romanizadas, os germanos sentiram necessidade de reduzir a escripto seu direito popular e costumeiro, até então

compendiado apenas na memoria collectiva de cada uma das tribus. Mostrámos então que dessa necessidade nasceram as *leges barbarorum*, redigidas em baixo latim (*lingua rustica*) e destinadas a regular as relações de direito entre os membros das varias populações germanicas.

Montesquieu, o imperecível autor do *Espirito das Leis* — *prolem sine matre creatam* — referindo-se ás citadas leges disse que as dos salios, ripuarios, alamannos, bavaros, thuringios o frisões eram do uma simplicidade admiravel; que as dos borguinhões lhe pareciam judiciosas e que as dos lombardos inda mais.

Vê-se que a legislação barbara de que se trata merece alguma cousa mais do que uma simples menção; como, porém, as *leges* não fizeram mais do que systematisar o reduzir a regras os usos e costumes juridicos anteriores, que Tacito e Cezar nos revelaram e que anteriormente expuzemos, julgamos-nos dispensados de fazer um resumo dos dispositivos de cada uma.

O que devemos assignalar, por ser cousa capital neste assumpto, é o character de *personalidade* das leis a que nos estamos referindo. O direito nellas condensado não era um estatuto territorial incidindo igualmente sobre todos os individuos existentes em uma circumscripção dada; era, ao envez, um estatuto pessoal, peculiar e adherente á nacionalidade de cada tribu, exhibindo-se e actuando onde quer que fosse invocado. Si, por exemplo, um borguinhão era accionado perante um tribunal saxão ou franco, a demanda ou processo era ordenada e julgada segundo a lei dos borguinhões. Si eram muitos e de diversas nacionalidades os demandistas, o tribunal julgador tinha que applicar tantas legislações diiferentes quantos os litigantes. E o que se dava com os barbaros entre si dava-se entre estes e as populações romanas; os germanos regiam-se em toda parte pelas leis germanicas e os romanos pela legislação romana.

Eis como Esmein explica essa situação:

“Deixar ao vencido suas leis é uma necessidade que se impõe ao vencedor, sempre que a conquista justapõe duas raças diferentes pelo grão e fôrma de civilização. Era essa uma necessidade tanto mais imperiosa para os barbaros quanto é certo que a lei romana era muito superior aos costumes germanicos. Demais os homens de raça germanica não conheciam por sua tradição propria a lei propriamente dita, que sendo a ordem da autoridade suprema concebe-se como podendo ser imposta; todo o direito para elles se resumia no costume: ora, este resulta necessariamente, para cada homem, do passado da raça a qual elle pertence; cada homem tem naturalmente, neste systema, o direito de viver segundo o costume dos seus antepassados. Mas pela mesma rasão não podiam os barbaros abandonar seus costumes nacionaes. Nestas condições a solução que se impunha era que os homens de raças diversas vivessem sob sua lei ou costume de origem, na medida da compatibilidade desse regimen com a unidade dos novos reinos. Isso era possivel quer para o direito privado, quer para o criminal. O systema ao qual assim se chegou fatalmente recebeu o nome de *systema da personalidade das leis*, que era simples na apparencia mas que na realidade era complicadissimo e fertil em dificuldades.”

Estas difficuldades foram reduzidas na pratica tanto quanto possivel por convenções e no correr dos tempos pela formação dos costumes locais; mas mesmo assim o principio da personalidade arraigou-se tanto, que ainda no seculo IX Agobardo, bispo de Lyão, declarava que “cinco homens reunidos viviam, na mór parte dos casos, sob cinco leis differentes.”

Alguns autores pretendem que os inconvenientes da personalidade das leis poderam ser quasi eliminados pelo *professio juris*, ou declaração feita pelos individuos de que queriam viver sob tal ou qual direito. Isso, porem, não parece exacto; a lei applicavel a cada homem era necessariamente, como opina Esmein, determinada por seu nascimento: o filho legitimo tomava a nacionalidade e a lei de seu pai e o filho illegitimo as de sua mãe. A primeira pergunta feita a um réo em juizo era a seguinte, que é bem significativa: *sub qua lege vivis?* E esse estado de cousas perdurou até o advento do regimen feudal.

Dessa permanencia o predominancia do principio da personalidade atravez de mais de cinco seculos (pois que o feudalismo só no seculo XI apparece completamente organizado, e a monarchia fundada pelos francos salios data de meiodos do seculo V) conclue-se facilmente que o direito da chamada epocha franca teve como elemento fundamental, como base geral, as prescripções das *leges barbarorum*, na parte relativa aos povos germanicos submettidos á dominação das dynastias merovingia e carlovingia.

Mas o direito franco propriamente dito, aquelle que foi uma resultante fatal do movimento politico encabeçado pelos salios e da constituição do imperio franco em terras da Gallia, foi outro que não o das *leges*.

A proporção que o poder real ou imperial foi augmentando de prestigio e de força e que, sob a acção desse poder, a monarchia franca se foi crystalisando em uma unidade politica ou Estado capaz de arremedar o typo de absolutismo administrativo do Imperio romano; ao lado, ou melhor, acima do direito popular das *leges* surgiu pouco a pouco um *direito de imperio*, caracterisador da nova phase social.

“Era preciso (diz Vou Schulte) regular o que dizia respeito ao exercito, ao commercio e á segurança publica, aos negocios religiosos, á instrucção, ás finanças, á policia, á fiscalisação administrativa, emfim á organização da justiça. Era preciso tambem regular as relações publicas e privadas, cousas que podem ser consideradas como fazendo parte do direito tribal, mas que entretanto deviam estar em harmonia com os principios do direito imperial.”

É evidente que todas estas transformações, filhas das novas condições de vida da grande maioria dos povos germanicos, não podiam ter sua expressão ou traducção legal nas compilações e redacções do antigo direito costumeiro, consubstanciado nas *Leges*. O *direito de imperio*, a que acima fizemos referencia, veio portanto fazer a equação dos velhos usos com as novas necessidades sociaes.

Esse direito imperial manifestou-se, sob os merovingios, por ordenanças, edictos ou decretos, em fim por prescripções reaes, conhecidas então por qualquer destes nomes: *proeceptio, proeceptum, decretio, decretum, constitutio, edictum, pactum, pactio*, etc. Taes denominações duraram até que Carlos Magno em 742, publicou uma ordenança, que foi chamada *Capitular*. A partir dahi todas as leis imperiaes tomaram o nome de *Capitulares*, quer se destinassem a interpretar e completar o direito popular, quer visassem innovações, quer consistissem apenas em instrucções dadas ás autoridades administrativas e judiciais. Conforme esses differentes escopos nasceram as *capitula legibus addita, addenda, pro lege tenenda, as capitula per se scribenda*, e as *capitula missorum*.

Fallaremos mais largamente dentro em pouco das *Capitularia*. Digamos, porém, desde já que ellas não constituem a unica fonte do direito vigente na monarchia franca. Ao lado dellas apparecem mais tarde os chamados *documentos da pratica*, que sendo uma especie de *direito não escripto*, muitos subsidios fornecem ao estudo desta phase da historia juridica.

A tres grupos reduzem-se os referidos documentos: o das *formuloe* ou *instrumenta*, o das *chartoe* ou *diplomata* e o dos *polyptycha*.

As *formulas* eram modelos de actos juridicos organizados de antemão para servirem nos julgamentos e em geral nas ceremonias judiciais, — alguma cousa do semelhante aos formularios dos nossos escrivães e tabelliães. Varias collecções dellas chegaram até nós, porém a mais conhecida e importante d'entre todas é a do monge Marculfo (*Marculfi monachi formuloe*), provavelmente redigida entre o setimo e o oitavo seculo.

A denominação de *chartas, diplomas, privilegios*, etc., é dada a velhos documentos ou escripturas, em que se encontram realizados

todos os actos juridicos de que se occupavam as *formuloe*. Aquillo que as formulas faziam *in genere* as *chartas* faziam *in specie*. De taes documentos ha publicada uma collecção que se intitula: *Diplomata, chartoe epistoloe, aliaque documenta ad res francicas, spectantia*.

Os *polyptyca*¹ eram livros de tombo ou cadastros — registros de propriedades e de impostos, descrevendo a condição das terras e de seus possuidores, com a indicação dos serviços ou tributos a que eram obrigados os mesmos possuidores. São muito conhecidos na historia do Direito o *Polyptyco* do abbade Irminon, do convento do *Saint Germain-des-Prés*, e o do abbade Edelin, do convento de *Wisseburg*.²

Apreciando esses *documentos da pratica* diz Esmein: “Elles fazem conhecer o direito realmente applicado, n’uma epocha em que a lei escripta, posto que imperativa, era mal observada; são elles igualmente que nos fazem conhecer como, apesar da personalidade das leis, o direito romano e os costumes germanicos fusionavam-se pouco a pouco.”

§

Existe um *Corpus Juris Germanici* como ha um *Corpus Juris Romani*? Já por varias vezes, em outros trabalhos nossos, respondemos convictamente pela affirmativa. Convém entretanto fazer uma distincção.

Si para a existencia de um *Corpus Juris* se quizer exigir, como no caso da codificação justiniana, a condição rigorosa de uma origem official e de uma promulgação da mesma natureza, não poderemos fallar

¹ Segundo sua etymologia a palavra *polyptyca* significa uma folha de papel dobrada varias vezes sobre si mesma, formando um livro ou registro quadrado.

“Chamavam-se *polyptycos*, livros *polyptycos*, os registros mantidos nos mosteiros e conventos e que nelles serviam de livros territoriaes ou de cadastros dos feudos e possessões. Os *polyptycos* fornecem preciosas informações não só sobre a divisão e administração das immensas possessões monachaes daquelle epocha, como tambem sobre o estado civil das pessoas e composição da familia” (Eschbach).

² Sobre o *polyptyco* do Abbade Irminon ha, na obra de E. Littré, *Les barbares et le moyen âge*, um curiosissimo estudo, cheio de erudição e philosophia que deve ser lido por quem quizer aprofundar a materia.

em um *Corpus Juris Germanici*. Mas si, menos exigentes e mais sensatos, abstrahirmos da condição apontada para só vermos em um *Corpus Juris* a floração legislativa de uma raça ou de um povo n'um determinado periodo de sua evolução, o *Corpus Juris Germanici*, então, existirá innegavel e necessariamente. E isso ainda mesmo que se considere como presupposto de um Corpo de Direito a idéa de colleccionamento ou compilação de fontes legaes; porquanto ahi estão, além de muitos outros, os trabalhos de Georgisch (*Corpus Juris Germanici antiqui*, 1738) e de Walter (*Corpus Juris Germanici antiqui*, 1824) para attestarem que o velho direito barbarico foi objecto de cuidados de tal ordem.¹

Podemos, pois, sem incorrer em erro, fallar de um *Corpus Juris Germanici*, como aliás se falla de um *Corpus Juris Canonici*, *vis-à-vis* do *Corpus Juris Romani*.

Resta, porém, saber quaes as fontes legaes que devem ser consideradas como fazendo parte desse corpo de direito. Alguns autores estendem-n'as até a epocha do direito feudal, o que não achamos rasoavel pelos motivos que daremos depois. Por outro lado é preciso não confundir com as germanicas as leis *romano-barbaras*, que vigoraram por muito tempo ao lado das leis barbaras propriamente ditas, servindo, em virtude do principio de personalidade das leis, ás necessidades juridicas das populações romanas dominadas pela raça invasora.²

Quanto a nós o circulo do direito propriamente germanico não transpõe a fronteira historica do seculo IX; o seu diametro parte deste ponto da circumferencia: o *direito popular primitivo* e acaba nas

¹ Preferivel aos trabalhos de Georgisch e Walter é a collecção dos *Monumenta Germaniae*, devida aos esforços de Stein, Pertz e Waitz. Gosa tambem de grande reputação, apesar de antiga, a collecção de Canciani intitulada *Barbarorum leges antiquae*.

² As principaes leis romano-barbaras foram: o *Edicto de Theodorico* (lei romana dos Ostrogodos, promulgada provavelmente no começo do seculo VI) o *Liber responsorum* ou *responsum Papiani*: (lei romana dos borguinhões baseada nos codigos Gregoriano, Hermogeniano, Theodosiano, etc. e o *Breviario de Aniani* (lei romana dos Wisigodos) mandado redigir por Alarico II.

Capitulares, passando pelas *leges*. Dissemos ainda ha pouco que não concordavamos com os colleccionadores que juntam fontes da epocha feudal ao *Corpus Juris Germanici*. De facto, as collecções que taes autores annexam ao systema do direito germanico são o *Sachsenspiegel* e o *Schwabenspiegel*, obras ou livros de direito pertencentes ao seculo XIII e tendo por objecto a exposição dos principios de direito provincial e feudal dos paizes de Saxe e Suabia. Ora, quer pela data do seu apparecimento, quer pelo espirito das regras e doutrinas nelles exaradas, esses livros pouco têm de commum com a antiga legislação germano-barbara.

O *Sachsenspiegel* (*Espelho de Saxe*) foi escripto em latim pelo magistrado Eike, de Repgov, entre os annos 1224 e 1235, e compõe-se de duas partes, que na traducção allemã tem os nomes de *Landrechtbuch* e *Leharechtbuch*. Suas fontes principaes foram o direito costumeiro feudal em geral, as leis imperiaes e os julgamentos dos tribunaes tambem imperiaes.

O *Schwabenspiegel* (*Espelho de Saxe*), de autor desconhecido, e da mesma natureza juridica do primeiro, parece ter tido por fim expor os principios de um direito commum, fóra da influencia dos direitos locaes. Do mesmo modo que o *Espelho de Saxe*, foi dividido em duas partes, tratando do direito provincial e do direito feudal, e teve como fontes, além do *Sachsenspiegel*, os direitos romano e canonico, as leis imperiaes até Rodolpho I, o direito municipal, a Biblia e os livros de pregação.

Basta isso para que se nos dê razão não contemplando esses dois *costumeiros* (*Rechtsbücher*) no quadro do direito germanico propriamente dito.

Isto posto, affirmamos convictos que o *Corpus Juris Germanici*, existente apezar da ausencia de uma codificação e promulgação officiaes, comprehende exclusivamente as *Leges barbarorum*

e o direito imperial da monarchia franca resumido nas *Capitularia regum francorum*.

Passemos agora a dar uma rapida noticia sobre cada um dos elementos componentes desse corpo do direito barbarico.

Ora os principios do direito imperial não eram nem podiam ser os mesmos das *leges barbarorum*. A' fórma democratica ou republicana do tempo de Tacito tendo succedido o regimen da realeza pela transformação dos antigos *duces* ou chefes militares em soberanos hereditarios, os direitos publico e privado da nova monarchia tiveram de soffrer largas e profundas modificações.

Vejamos e constatemos, em traços largos, algumas dessas modificações.

A assembléa dos homens livres, que era, entre os germanos, no direito popular primitivo, a autoridade soberana, foi na epocha franca subordinada, senão inteiramente substituida, pelos monarchas, quer quanto ás funcções legislativas quer quanto ás judiciarias. O antigo *concilium* não apparece mais, de Clovis por deante, senão como reuniões ou revistas de caracter militar ou como assembléas consultivas, convocadas durante a primavera, para o fim de opinar sobre a coordenação administrativa do Estado. Estas ultimas chamaram-se *placita*, e no tempo de Carlos Magno chegaram a ser convocadas regularmente, duas vezes por anno; sempre, porém, em caracter consultivo. Tudo o que tinha natureza e forma de regra ou disposição legislativa era acto individual e exclusivo do monarcha, que além do *imperium* militar possuia o direito do *bannus*, isto é, o direito de expedir ordens permanentes e obrigatorias, sob a sancção penal de uma multa de 60 *solidos*.

Quanto a funcções judiciarias tambem o *concilium* viu-se muito cedo despojado dellas. O rei ou imperador franco administrava por

si ou por seus delegados a justiça, tendo o seu tribunal *in palatio* ou em qualquer ponto onde se achasse. E sua judicatura não era só de ultima instancia ou de appellação; sua competencia era illimitada e indeterminada, segundo seu proprio arbitrio. Os delegados da justiça real eram os condes (*comites*), autoridades ao mesmo tempo administrativas e judiciarias, que governavam as provincias ou *pagos*. Directamente ou por intermedio dos seus *centenarios* (magistrados inferiores encarregados de substituil-os) os condes presidiam um simulacro do velho *mallum* (que já então era composto de individuos denominados *rachimburgii*, *bonni homines*, etc.) e sentenciavam de accordo com elles. Mais tarde, sob o governo do Carlos Magno, os *rachimburgii*, representantes directos do povo, foram substituidos pelos *scabini*, de nomeação do imperador, e os condes mais directamente influiram na decisão das causas ou processos.

Para não limitarmos ao que acabamos de dizer as modificações de direito publico surgidas no periodo franco, diremos quaes as differenças capitaes entre o velho e o novo direito criminal.

Vimos que no primitivo direito costumeiro a vingança privada e, como succedaneo, a composição pecuniaria, era o regimen adoptado em materia penal. Vimos tambem que em virtude da solidariedade absoluta, activa e passiva, entre os membros de uma mesma familia, esta pagava a composição pelo criminoso ou percebia a indemnisação em logar delle. Na legislação da monarchia franca já não é assim: a lei obriga a victima do delicto e seus parentes a abrirem mão do direito de vingança pessoal e adstringe-os á acceitação da pena pecuniaria ou *wergeld*; por outro lado limita o dever juridico do pagamento da indemnisação ou composição ao proprio criminoso, abolindo a responsabilidade collectiva da familia. Além disso o novo direito differenciou-se tambem do antigo no ponto de vista processual, tomando á intuição romana a pratica do procedimento judicial *ex officio*, para certos casos em que as penas pecuniarias cediam o passo ás afflictivas. Consequentemente a legislação criminal modificou-se no fundo e na fórmula, embora em solemnidades

secundarias, como a theoria das provas, sub-subsistissem as praticas anteriores dos cojuradores, das ordalias, etc.¹

Si depois disso, abstrahindo mesmo dos direitos pessoaes, que passaram por modificações pouco notaveis, encaramos o direito privado da epocha franca; verificamos que o respectivo regimen de propriedade soffreu uma alteração fundamental, que não póde deixar de ser assignalada.

O typo germanico da propriedade territorial em principio era o do collectivismo, como tivemos occasião de mostrar. No periodo franco, porém, foi o typo contrario, o typo individualista do direito romano, que prevaleceu, deixando de ser excepção para tornar-se regra. Apesar das reminiscencias ou revivescencias do primitivo regimen, de que se encontram amostras em algumas das leis vigentes sob a monarchia franca, a propriedade immovel individual predominou por toda a parte como um direito privativo e absoluto, acompanhado dos seus corollarios naturaes.

Lex salica. — Esta lei é considerada o mais antigo e um dos mais puros monumentos do direito germanico popular. Segundo os proprios dizeres dos seus primitivos prologos ella foi feita *per tres mallos* (em tres reuniões da Assembléa popular) por quatro pessoas para isso escolhidas, provavelmente sob o reinado de Clodion. Era a lei geral dos

¹ Muitas vezes, no correr deste trabalho, temos fallado em *provas por juramento*, em *juizos de Deus*, em *ordalias*, etc. — praticas processuaes que se encontram no aurorear da vida juridica de quasi todos os povos indo-europeus. Taes praticas vigoraram largamente ainda na Edade media e talvez seja uma emanação dellas o *juramento d'alma*, do velho direito portuguez, passado para o nosso processo civil. Aproveitamos agora a oportunidade para dizer que o *juramento purgatorio*, secundado pelo depoimento dos *cojuradores* era o meio de prova mais geral na processualistica primitiva. Esse juramento cabia aliás ao réo e não ao autor. Como substitutivos do juramento intervinham, no direito antigo, os *juizos de Deus*, que se dividiam em *ordalias* (de *ordeal*, *urtheil* — julgamento) e *duellos judiciaes*. As ordalias eram provas unilateraes, produzidas pelo réo, e podiam ser realizadas pelo ferro candente, pela agua fervente e pela agua fria; o duello era uma prova bilateral (*pugna duorum*) em que tomavam parte autor e réo. Na primeira hypothese a prova ou innocencia do réo estava em sahir incolume do supplicio; na segunda a justiça que assistia ao autor ou ao réo era um resultado do combate. O vencedor era o innocente; com elle estava o direito.

francos e especialmente dos francos salios. Sua primeira redacção recebeu o titulo de *Pactus legis salioe*, tendo sob o reinado de Clovis, soffrido uma revisão, depois da qual tomou o nome de *Capitula pacto legis salicoe, addita, extravagantia*. Sob a dynastia carlovingia, reinando Carlos Magno, foi a lex salica novamente revista, surgindo então como *Lex salica emendata* ou à *Carlos Magno emendata*, e contendo 65 titulos.

A lei salica é quasi exclusivamente conhecida hoje pela interpretação a que deu logar no seculo XIV, quando se quiz em França excluir as mulheres da successão ao throno. Os juristas e exegetas recorreram então ao seu tit. LIX, referente ás successões (*de alodis*), no qual está inscripta a celebre regra que exclue as mulheres da herança territorial, dada a existencia de herdeiros varões. Essa circumstancia, porém, é de mero valor historico. O merecimento e a importancia da *lex salica* estão em que ella é, como já observámos, profundamente germanica, tendo ficado estranha a qualquer influencia do direito romano. O objecto principal della foi estabelecer a tarifa das composições pecuniarias pelas offensas feitas, segundo o costume primitivo; — tanto assim que dos seus 65 titulos somente 6 ou 7 se referem ao direito privado, ás relações de familia, de propriedade, etc.¹

Lex ripuaria seu Ripuariorum. — Foi a lei particular ou antes, o direito nacional, dos francos ripuarios. Diz um autor que ella é a irmã mais

¹ Ha, intercaladas no texto da lei salica, palavras não latinas precedidas do vocabulo *mal* ou *malb*. A essas intercalações e notações dão os escriptores o nome de *glosas malbergicas*. Um professor tedesco sustentou que taes palavras tem origem celtica; depois de Jacob Grimm, porem, ficou verificado que as referidas palavras são termos germanicos e propriamente francos, que remontam talvez ao seculo V. Ginoulhiac explica deste modo, e perfeitamente, parece-nos, a origem e a natureza das *glosas malbergicas*:

“Si se admite uma redacção oral primitiva da lei salica, a unica possivel em lingua franca na epocha indicada pelos prologos, tudo explica-se e concillia-se nas indicações que possuimos relativamente á redacção da lei. A esta redacção primitiva pertenceriam como restos as *glosas malbergicas*, que por occasião da redacção latina deveram ser conservadas como termos sacramentaes intraduziveis, e o que o prova é que essas glozas, as palavras que as comprehendem, revelam um estado de cousas anterior ao que é indicado pelo texto latino; o termo *Malb* que as precede explica-se perfeitamente porque ellas pertencem á antiga redacção feita *per tres mallos*, como dizem os prologos, ou *in mallobergis*; emfim assim se explicam as palavras *hoc est*, indicatoras de que a disposição latina é a traduccão da disposição franca.”

moça da lei salica. Realmente suas relações e semelhanças com aquella são extraordinarias; ha somente a notar, como pontos de differenciação, que ella foi muito mais influenciada do que a primeira pelo Direito romano, que suas disposições accusam o desenvolvimento do poder real, que seu estylo é, em geral, mais puro, e que ha nella muito menos symbolismo.

A lei ripuaria compõe-se de 89 titulos, segundo algumas edições, e de 91, segundo outras. Ha todas as probabilidades de que fosse redigida e promulgada, em seu conjuncto, pela autoridade de um rei franco, que, a acreditar-se no seu prologo, nada authentico, seria Theodorico I. Carlos Magno fez a essa lei addicções que tomaram o nome de *Capitula quoe in lege ripuariorum mittenda sunt*.

Lex francorum chamavorum. — A tribu franca que habitava o districto dos chamávós, a leste do Rheno, teve a sua lei escripta na compilação assim intitulada, a qual remonta aos começos do seculo IX. Apezar de ter a sua base na lei salica, a *lex francorum chamavorum* separa-se della em muitos pontos, consignando os usos especiaes, já modificados, da população germenica do districto dos chamávós. Entretanto nada de superior ou notavel offerece essa compilação.

Lex alamannorum aut suevorum; lex alamannica. — A primeira redacção da *lex alamannica* parece ter tido logar no seculo VI sob o nome de *Pactus Alamannorum*, seguindo-se-lhe diversas redacções e revisões nos seculos VII e VIII, sob Clothario II, Dagoberto I e Carlos Magno. Segundo um preambulo da lei salica teria sido o rei Theodorico quem ordenou a fixação pela escripta dos costumes alamannos; mas o proprio prologo da *lex alamannorum* dá a entender que foi Clothario II quem mandou effectuar a sua redacção. A particularidade desta lei consiste em um pronunciado character religioso, senão theocratico, e n'uma tarifa de composições por offensas physicas, que se torna notavel pelas minudencias anatomicas em que se baseia.

Lex burgundionum. — A lei germanica dos burguinhões é attribuida ao rei Gondebaldo (474-516) da qual tirou o nome de *lex Gundobada* e mais tarde de *lex Gombetta*, pelo qual é mais conhecida. E aqui recordamos que é preciso não confundil-a com a lei *romana* dos burguinhões (*Responsa Papiani*) que tambem foi redigida no tempo de Gondebaldo para servir aos romanos que viviam na Burgonha. A *lex burgundionum* é uma compilação de constituições ou edictos reaes e não uma redacção de costumes. Ella ressen-te-se de uma forte influencia do direito romano, sem deixar de ter uma *physionomia* visivelmente germanica. Seu escopo superior foi a fixação das lesões de direito privado, passíveis de penas. Os direitos de familia, de propriedade e os successorios, foram tambem objecto de numerosas e importantes regras suas.

Lex Wisigothorum. — Esta lei, sobre cuja data não estão de accordo os escriptores, é possivel que tenha sido mandada redigir pelo rei Eurico e revista pelo rei Leovigildo. Entretanto a opinião mais corrente é que foi Recarred, o primeiro rei catholico dos wisigodos, quem a mandou escrever o quem a promulgou. Do mesmo modo que a *Lex burgundionum* ella é uma collecção de constituições reaes e differe da lei romana dos wisigodos (*Breviarium Alarici* ou *Aniani*) como a lei gombetta da *Responsum Papiani*. A redacção de Recarred não ficou definitiva, de modo que o texto que hoje possuimos da lei dos wisigodos é um resultado das revisões e modificações que ella soffreu sob os reinados de Chindaswind e Receswind, sendo mesmo provavel que os successores deste ultimo monarcha tivessem-n'a retocado. Tal qual a temos hoje, a *lex wisigothorum* é um codigo de typo igual ao dos romanos, dividido em 12 livros, subdivididos em titulos e capitulos. Esta circumstancia prova que ella foi mais influenciada pelo espirito e direito romanos do que qualquer das outras leis barbaras; entretanto um autor moderno chamou ultimamente, a attenção dos eruditos sobre a semelhança existente entre certas passagens della e outras das *leges salica* e *burgundionum*,

attribuindo tal semelhança a uma filiação das duas (dos burgundios e wisigodos) á dos francos salios.

Lex bajuvariorum. — Os costumes dos bavaros foram, segundo todas as probabilidades, mandados redigir por Theodorico, ao mesmo tempo que foi ordenada a fixação da *lex alamannica*. Só mais tarde, porém, exactamente como se deu com esta lei, teve lugar a compilação do que agora nos occupamos, por intermedio de uma commissão nomeada pelo rei Dagoberto. Theodorico II, Tassilou II e Carlos Magno fizeram successivamente alterações nessa lei, que é um mixto de direito germanico, romano e canonico.

Lex longobardorum. — Foi em meados do seculo VII que o rei Rotharis fez escrever o direito costumeiro dos lombardos, sob o titulo de *Edictum Rotharis*. A este primeiro trabalho vieram juntar-se depois as *Capitula in breve Statuta* dos reis posteriores como Grimoald, Luitprand, Ratchis e outros, e por fim os *Decreta Spuria* de Didier. O Edicto dos lombardos, accentuadamente germanico, revela um certo parentesco com os direitos saxão e thuringio, não deixando transparecer senão uns fracos laivos de romanismo. Isto serve para distingui-lo da chamada *lex lombarda*, compilação systematica feita para a Lombardia no seculo XII por um jurista desconhecido, a qual tem um caracter eminentemente romano.

Lex frisonum. — O direito da Frisa parece ter sido compilado durante o seculo VIII, sob os reinados de Carlos Martel ou de seu filho Pepino e de Carlos Magno, e contem 22 titulos divididos em capitulos. Ao texto foi depois annexada uma *Addictio sapientium*, collecção de regras dadas aos juizes frisões e provavelmente votada pelo *reischstag* de Aix-la-Chapelle, em 802. Na primeira parte da lei, que se refere á Frisa media, a face saliente é o tarifamento das composições, ou o conjuncto de regras para estipulação do *wergeld*; na sua segunda parte a *lex frisonum* contem principalmente disposições relativas ao *bannus* real.

Lex saxonum. — É uma lei francamente germanica, feita segundo os costumes de Saxe e o direito do Imperio. Foi provavelmente publicada, sob Carlos Magno, em 802 e contém 19 titulos nos quaes se estatue sobre direito criminal, sobre successão e sobre o regimen de bens no casamento.¹

Lex anglorum et werinorum, hoc est Thuringorum. — Esta lei, que todos os autores declaram obscura e difficil, formou-se de elementos diversos durante os seculos V e VII e esteve em vigor no Holstein, na Dinamarca e na Inglaterra. Compõe-se de 17 pequenos titulos, que provavelmente só foram coordenados em 1812.

Capitularia. — As capitulares (*legum appendices et suppeditamenta, eaque in Synodis sancita*, no dizer do Ducange) eram, como já dissemos, ordenanças, edictos ou decretos, expedidos pelos monarchas francos para servir ás necessidades da justiça real, servindo tambem ás conveniencias da unificação do Imperio. Dahi o caracteristico que as differencia fundamente das *leges*: ao passo que estas eram particulares ou locaes, aquellas eram leis geraes, applicaveis a todos os subditos da monarchia. Entretanto como pertencia ao arbitrio dos monarchas legislar quer para o paiz inteiro quer para uma localidade em especial, já confirmando, já modificando o respectivo direito costumeiro, deu-se muitas vezes o facto de serem expedidas *capitulares* especiaes, applicaveis a um determinado povo ou a uma região dada. Por este motivo alguns escriptores dividem as capitulares em *generalia* e *specialia*.

Deixámos feita, ainda ha pouco, a distincção entre *capitularia legibus addenda*, *capitularia per se scribenda* e *capitula missorum*. Digamos agora que n'um outro ponto de vista podem as capitulares ser

¹ Não se deve confundir a *lex saxonum* com as *leis dos anglo-saxões*. Esta legislação insular é uma collecção chronologica das leis de 13 reis ingleses, a partir de 561 e a terminar em 1087. Suas disposições são fundamentalmente germanicas e o respectivo texto foi escripto em lingua do paiz e não em latim como as outras *leges barbarorum*. Por este motivo talvez os autores em geral não os incluem na enumeração das fontes do *Corpus Juris Germanici*.

divididas em ecclesiasticas e seculares. As *capitularia ecclesiastica* eram as que os monarchas francos, em sua qualidade de chefes da Igreja das Gallias, expediam sobre disciplina ecclesiastica, quasi sempre repetindo as decisões dos concilios.

Embora proviessem e dependessem ellas exclusivamente do monarcha, costumavam os atutores das capitulares publical-as e promulgal-as perante as *placita*, — assembléas geraes do povo franco, que se reuniam duas vezes por anno, pela primavera e pelo outomno. Isso depois de serem ellas redigidas pela chancellaria real ou imperial em varios exemplares, um dos quaes era guardado nos archivos reaes e os outros enviados aos principaes funcçionarios.

As *capitularia* nunca foram oficialmente colleccionadas. Mas como isso acarretava difficuldades grandes para o funcçionalismo e vexames para os governados, as proprias necessidades da situação determinaram o apparecimento de compilações ou codificações de origem particular, as quaes tiveram a maior voga e transmittiram até nós, quasi integralmente, o conjuncto da legislação imperial. A primeira de taes collecções foi organizada em 827 por Ausegise, abbade de Fontenelle, que a dividiu em quatro livros contendo: *capitularia ad ordinem pertinentia ecclesiasticum*, *capitularia ecclesiastica*, *capitularia ad mundanam, pertinentia legem* e *capitularia ad augmentum mundanoe legis*.

Em meados do seculo IX appareceu nova collecção accrescentando tres livros aos do Ausegise e tendo como autor *Benedictus Levita*, pertencente á Igreja de Mayença. Este trabalho é tido como suspeito aos olhos dos juristas-historiographos. A respeito delle diz A. Esmein: "Elle contém poucas peças sinceras, poucas capitulares reaes e authenticas; a mór parte é de peças forjadas, conhecidas por *falsas capitulares*; a critica chegou amostrar em detalhe os elementos constitutivos dessas peças e o seu processo de composição." E assim parece, realmente, podendo-se dizer que do mesmo modo que houve um

Isidorus Mercator para a composição das *falsas Decretales*, houve um *Benedictus Levita* para a confecção das *falsas capitulares*.

Fica, pois, reduzido á collecção unica do abbade de Fontenelle o subsidio que temos para conhecer em globo, até uma certa epocha, a legislação do Imperio franco. De 827 por diante as capitulares chegam-nos uma a uma, peça por peça. Felizmente as necessidades impostas pelos estudos historicos e juridicos deram logar nos tempos modernos, ao restabelecimento do texto original e da ordem chronologica das capitulares, para o que foi preciso colligil-as e publical-as reunidas. Foi assim que em 1623 o padre Sirmond fez conhecidas as de Carlos o Calvo, que em 1677 Baluze publicou a sua collecção intitulada *Capitularia regum francorum* e que ainda em nosso seculo os autores da *Monumenta Germanioe* deram uma edição completa das celebres ordenanças.

Somos chegados ao fim da enumeração, que nos propuzemos fazer, das fontes do *Corpus Juris Germanici*. Eil-o ahi, agora, na sua imperfeição imponente de producto natural a que o buril e o cinzel da arte não quebraram as arestas nem modelaram os contornos; eil-o na sua vigorosa magestade de criação expontanea e secular, engendrada n'um berço de costumes millenarios, transmittidos de geração em geração atravez do tempo e do espaço, e abrolhados vigorosa e victoriosamente n'uma civilização nova, — rival da glorississima e formidavel civilização romana.

§

Fizemos notar em uma passagem do nosso capitulo anterior que a idiosyncrasia moral dos germanos tinha um *punctum saliens*, uma característica dominante, que exerceu a mais decidida influencia na criação dos seus institutos politicos o juridicos. Essa característica era o sentimento de autonomia e de independencia pessoal ou do valor do individuo, unido ao culto da coragem e da força.

Desse facto, que é attestado pela generalidade dos escriptores, e da acção ou effeito que elle produziu na vida juridica dos germanos, temos tido occasião de occupar-nos em trabalhos nossos, como os *Fragmentos juridico-philosophicos* e a *Historia do Direito Nacional*, especialmente no primeiro.

Os actos de um individuo são a traducção pratica de suas idéas, e estas são, incontroversamente, uma emanação de sua organização physio-psychologica, posta em contacto com o meio ambiente. Esta proposição, que se póde considerar axiomática, basta para provar que os germanos, de um temperamento differente do dos romanos, não podiam ter a mesma intuição e comprehensão do Direito, que foi apanagio destes ultimos.

“O heleno herdou da stirpe arya primitiva uma parte maior no *poder da intelligencia*; o romano apparece dispondo sobretudo de uma *vontade pertinaz* e constante; o germano, por fim, ao comparecer na historia, distingue-se mais pela *força* e *vigor physico* do que pela aptidão para o raciocinio. O primeiro é de preferencia uma *mente* que aspira em todas as cousas o ideal; o segundo é sobretudo uma *vontade* que depois de se haver disciplinado procura conquistar o mundo e submettel-o ás suas leis; enquanto que o germano personnifica o homem primitivo, e é uma *força* ou *actividade* ainda inintegra e irrequieta no proprio surto, porque não tem consciencia do fim a que se deve propor.” São palavras do eminente autor da *Vita del Diritto*, que desenhm nitidamente as differentes physionomias dos tres grandes grupos indo-europeus, portadores das mais eminentes qualidades da especie humana. E a conclusão a tirar dellas, evidentemente, é a de que a civilisação germanica inicial devia ser em todos os seus departamentos dissemelhante em alto gráo da civilisação greco-romana. Não se trata aqui de saber — porque é outra a nossa tarefa — si a invasão germanica veio rejuvenescer a raça latina e foi um beneficio ou um desastre para a cultura romana e para a evolução geral. Quaesquer que sejam as opiniões de Guerard e do illustre

Littre sobre esse ponto, a verdade é que as duas populações rivaes encontraram-se, uma em frente da outra, armadas de aptidões e de tendencias diversas. E que taes aptidões e tendencias reflectiram-se no seu direito é ao mesmo tempo uma questão de logica e um facto comprovado.

Perlustrando este assumpto, o profundo Carle mostrou que entre os romanos predominou o conceito juridico da familia e do respectivo patrimonio, de modo que a *res publica* veio a ser uma derivação das *res privata* dos *patres*, — de onde a idéa de patria como um desdobramento da idéa de familia; ao passo que, entre os germanos, si bem que profundamente radicada a instituição da familia, o direito foi concebido como um *poder inherente á personnalidade individual*, fundado na força e liberdade pessoas.

E com effeito: o Direito em Roma foi uma consagração da força e do poder do Estado, — uma instituição eminentemente social onde a consideração da *res publica* subrepujava todas as outras; entre os povos germanos elle foi uma emanação da *selbsthulpe*, um simples reconhecimento legal das prerogativas do individuo.

Isto quer dizer que o direito romano foi *estatunomico* ou *socionomico*, enquanto o direito germanico foi *autonomico* ou *demonomico*. Bethmann Holweg confirma tal modo de ver quando diz que "a intuição juridica romana accentúa preponderantemente *o direito*, e a germanica accentúa *a offensa*."

Onde essa dualidade de intuições juridicas apparece patente e irrecusavel é no processo germanico, quando comparado com o romano. É sabido que, assim como as formas servem para assignalar a idéa, o direito adjectivo ou processual, serve para pôr em acção o direito substantivo primario ou generico. Aliás está hoje reconhecido que este direito, em vez de ser anterior, é posterior a aquelle. Historicamente a *actio* precedeu ao

jus, como o provou exuberantemente Pietro Cogliolo em sua notavel these: *l'origine del diritto stá nella procedura*.

Assim, nas normas processuaes do velho direito germanico nós vamos achar a demonstração pratica de que os barbaros tiveram do Direito uma compreensão especial, filha do seu temperamento ethnico e das condições mesologicas em que se acharam desde que tiveram de separar-se dos seus collateraes gregos e romanos.

Eis os principaes caracteristicos differenciaes entre os processos romano e germanico:

1º O processo germanico apresenta uma modalidade extrajudicial; o romano não conhece tal modalidade;

2º No processo romano a prova compete ao autor, como onus; no germanico ella pertence ao réo como direito;

3º O processo germanico é syncretico, isto é, permite a accumulação de acções; o romano é profundamente analytico, e não concebe tal accumulação;

4º No processo barbarico effectuado perante os *landgerichte* e *stadtgerichte* a causa avançava e marchava por *julgamentos successivos*; não assim no direito romano, cujas *cesuras* processuaes não correspondem a taes julgamentos;

5º O processo civil romano baseia-se sobre a separação das funções judicarias nas ordens do *jus* e do *judicium*; o processo germanico nada tem de semelhante;

6º No processo germanico havia casos em que o processo da prova tinha logar *depois do julgamento*; no processo romano não ha exemplo disso;

7º Entre os primitivos germanos, e mesmo na epocha franca, o processo se desenrolava perante uma assembléa popular que votava sobre o litigio; tal pratica democratica nunca foi conhecida nas causas civeis dos romanos.

Todas essas asserções foram largamente explanadas e documentadas em nosso estudo sobre as intuições romana e germanica do processo, inserto nos *Fragmentos juridico-philosophicos*. Para este trabalho remettemos aquelles que quizerem por si esmerilhar o assumpto e extrahir delle as fecundas illações de que é susceptivel.

XI

Correntes juridicas medievaes: O Feudalismo; O Direito Feudal. —

A Igreja; o Direito Canonico. O “Corpus Juris Canonici”. *

“A Edade Media é a successora do imperio barbaro, como este o fôra do imperio romano, como o imperio romano o fôra da era republicana na Italia e na Grecia. Desde que no occidente, com a vinda dos barbaros, rompeu-se o laço que ligava Roma ás provincias, estas parcellas do grande todo procuraram organizar se e viver, vindo a completar sua organização ao tempo da queda dos carlovingios, pela constituição do regimen catholico-feudal.”

Assim se expressou Emile Littré, o grande erudito e consciencioso philosopho, que tanto mais cresce no conceito dos posteros quanto maior é a distancia que se vae fazendo entre nós e o termo de sua vida objectiva.

Significam as citadas palavras do philosopho que, ao atravessarmos as fronteiras historicas da monarchia franca, penetramos em plena situação feudal, no sitio mesmo da evolução humana em que o

* FONTES: — E. Littré: *Les barbares et le moyen âge*; G. Carle: *La vita del diritto*; Saverio de Cillis: *Il Dir. rom. à trav. la civiltà européa*; Ginoulhiac: *Hist. gener. du Droit fran.*; A. Esmein: *Hist. du Droit français*; Eschbach: *Introd. gener. a l'étude du Droit*; Ahrens: *Encyclopedie juridique*; Guizot: *Histoire de la civilisation en Europe*; Michelet: *Origines du Droit français*; Giovanni Bovio: *Disegno d'una storia del Diritto in Italia*.

agitado coração da idade-media bate as systoles e dyastoles do seu amplo desenvolvimento funccional.

Houve um tempo em que era veso commum condemnar ou malsinar a idade-media, apontando-a como um periodo sombrio de retrogradação, de superstição, de aniquilamento psychico e de irremediavel decadencia material — um parenthesis de treva aberto na lauda luminosa da civilisação occidental. Graças a Augusto Comte e a seus discipulos esse tempo passou. A descoberta da lei fundamental da historia, e, como corollario, o conceito de uma evolução geral das sociedades; o reconhecimento do methodo de filiação como o grande instrumento das pesquisas sociologicas, trouxeram a todos os bons espiritos a convicção de que a idade-media foi o que tinha de ser, o que não podia deixar de ser, por bem mesmo da civilisação humana. Um estudo mais demorado e imparcial dos antecedentes e das condições historicas da epocha mostrou que o periodo medieval, herdeiro dos destroços do imperio romano, foi o operario que reuniu e amalgamou esses destroços para com elles construir as obras de transição necessarias á edificação do futuro. É isto mesmo o que diz Littré nas seguintes linhas: “Continúo a sustentar a opinião de que á idade-media compete um logar honroso no curso do desenvolvimento humano, e que, tomando as cousas no ponto em que as deixou Roma, incapaz do realisar por mais tempo a tarefa social, ella não deixou perecer nem retrogradar os acontecimentos que o mundo antigo lhe déra em herança nas mais graves e criticas circumstancias que possam ser imaginadas”.

Para nós, já uma vez o dissemos, a Edade-Media é como que um cadinho immenso onde se apuram e depuram as grandes barras de metal precioso em que se veio a fundir a civilisação hodierna.

A principal obra provisoria, de transição, que a Edade-Media realisou, foi o esbabelecimento do regimen feudal ou, mais propriamente

catholico-feudal, instituido gradativamente do seculo X até o XI e soberanamente dominante dahi até o seculo XIV.

“No começo do seculo X (diz Guizot) não se tratava mais do imperio de Carlos Magno nem dos gloriosos concilios de Toledo; mas a barbaria não tocava menos a seu termo.” Foi, com effeito, por essa epocha que cessou o movimento das invasões ao norte e sul da Europa e que a sociedade nascente se poudo fixar e desenvolver. Eis como o citado Guizot expõe a situação que se accentuou nesse tempo e que era nada menos que o conjuncto das manifestações prodromicas do feudalismo:

“Vê-se então, no interior do territorio europeu, cessar a vida errante; as populações estabelecem-se, as propriedades fixam-se, as relações dos homens não variam mais dia a dia no capricho da força e do accaso. O proprio estado moral do homem começa a mudar; suas idéas, seus sentimentos adquirem alguma fixidez, como sua vida; elle apegase aos logares que habita, ás relações que contrahe, a esses dominios que elle começa a pensar em transmittir a seus filhos, a essa habitação que elle chamará um dia seu castello, a esse miseravel agrupamento de colonos e de escravos que tornar-se-ha um dia uma povoação. Por toda parte formam-se pequenas sociedades, pequenos Estados talhados, por assim dizer, pela medida das idéas e da sabedoria dos homens. Entre taes sociedades, pouco a pouco, introduz-se o laço de que os costumes barbaros contêm o principio — o laço de uma confederação que não destróe a independencia individual. De um lado, cada homem notavel estabelece-se em seus dominios, só com sua familia e seus servos; do outro, firma-se uma certa hierarchia de serviços e de direitos entre todos esses proprietarios guerreiros esparsos sobre o territorio.”

O quadro é profundamente suggestivo; estão nelle traçadas todas as grandes linhas do systema feudal, com o seu character aristocratico, com a sua preocupação da propriedade immovel, com o seu federalismo particularista, com a sua hierarchia de suzzeranos e vassallos, com suas *senhorias*, seus *villões*, seus *servos da gleba*, etc.

Os brotos iniciaes do feudalismo vinham de longe. A epocha barbarica havia sido uma phase cahotica de desaggregação e de negativismo politico a que só o genio de Carlos Magno podera pôr um certo freio de cohesão social e de direcção governamental, ainda assim

cerceado sempre pelo principio da personalidade das leis. Mas a propria monarchia franca, quer sob os merovingios quer sob os carlovingios, tinha deixado que surgissem e florescessem instituições que haviam de solapar-lhe o edificio. Quando se deu o desmembramento do imperio de Carlos Magno as sentinellas avançadas da feudal idade estavam senhoras da praça: o seniorato, a vassilidade, a apropriação das funcções publicas, a transformação da propriedade territorial, as cartas de imunidades e a formação das jurisdições privadas eram instituições reconhecidas e praticadas; os *antrustiones* e *convivoe regis* do periodo merovingio haviam desaparecido, mas tinham sido substituidos pelos *vassi* ou *vassalli* do rei, que representavam um papel semelhante ao dos homens *ligios*, ligados ao monarcha por um juramento especial de fidelidade.¹

Accresceu que os successores do grande monarcha carlovingio não tiveram pulso bastante forte para manter na mesma posição as redeas da governamentação do imperio. Longe de chamarem ao poder do Estado as propriedades de que se haviam indevidamente apossado os nobres, deixaram que estes fossem pouco a pouco usurpando as do dominio imperial, e ao passo que isso faziam abandonavam o seu direito, antes dever, de protecção aos fracos e afrouxavam os laços de centralisação administrativa, consentindo que fosse desrespeitada geral e continuamente a autoridade dos missi.

As consequencias dessa fraqueza são assim descriptas pelo illustre professor da Faculdade de Direito de Toulouse, o preclaro autor do *Cours Elementaire d'histoire genérale du Droit français*:

“Então viu-se cada um, não contando mais senão comsigo, organizar meios de defeza: elevaram-se de todos os lados os castellos, os muros, as fortalezas, para proteger os grandes, as cidades, as abbasdias ou mosteiros. Mas precisamente porque cada um ficou, para se defender, entregue ás proprias forças, deu-se o

¹ O *antrustionato* parece ter sido uma reminiscencia do *comitatus* germanico. O *antrustião* (a palavra vem de *trustis* ou *trost*, que significa *fidelidade*) prestava juramento desarmado e collocando sua mão ou entre as do rei, tal qual como no juramento feudal dos homens *ligios*.

isolamento, a independencia para com o poder central, o qual não existiu mais senão nominalmente. A França, dividida não mais em reinos mas em tantos territorios quantos eram os grandes vassallos e proprietarios, separou-se em uma multidão de pequenas sociedades que se formaram da grande sociedade nacional. Quanto á realza ficou inteiramente á mercê dos grandes, que davam ou tiravam aos reis as corôas. O unico laço que ficou ligando o soberano aos seus subditos foi o juramento ou prestação de homenagem dos grandes vassallos."

A partir dahi é o systema feudal, triumphante, organizado e omnipotente, o dominador da Europa. E é atravez delle, desde sua phase de apogeu até a de declinio, que nós vamos ver serpearem, opulentas e marulhasas, as varias correntes juridicas que sulcaram o oceano da vida medieval, ora correndo em leitos diferentes, ora confluindo em um só alveo gigantesco.

§

O Feudalismo: Direito feudal. — Tendo de encarar o feudalismo apenas no seu aspecto juridico, não nos é necessario nem util penetrar larga e profundamente no exame da trama intima desse complexo phenomeno social, que de modo tão notavel alterou as condições politicas e economicas da Europa medieval.¹ Em todo caso daremos perfunctoriamente uma pequena noticia dos principios cardeaes do systema, a fim de que possam ser melhor comprehendidas as respectivas instituições concernentes á condição das pessoas e das terras e á administração da justiça. Para isso pediremos a Esmein, o emerito professor da Faculdade de Direito de Paris, os principaes subsidios.

¹ Acerca da origem dos feudos tem havido grande divergencia entre juristas e philosophos. A escola historica e a philosophica divergem no ponto de vista e os representantes de cada uma dellas divergem entre si nas conclusões a que chegam. Assim alguns historicistas encontram a origem dos feudos no Imperio romano, discordando sobre a epocha do seu apparecimento; outros dão-lhes uma origem germanica, discutindo si elles appareceram primeiro entre os longobardos ou entre os francos. Os adeptos da escola philosophica ou explicam o apparecimento dos feudos pela theoria dos *ricorsi* de Vico ou os consideram como um resultado necessario, uma consequencia fatal do germanismo.

O *systema feudal* assentava em dois elementos basicos: o *agrupamento feudal* e o *senhoriato* ou *senhoria*, os quaes tinham como ponto de partida o *feudo*. Este era uma terra ou um direito immovel concedido por alguem que tinha o nome do *senhor do feudo* a um homem que tomava o nome de *vassallo* e que se obrigava para com o senhor a uma certa prestação de serviços.¹ Tal contracto, de uma natureza toda especial, celebrava-se por meio de uma solemnidade chamada *homenagem*, na qual o vassallo jurava no senhor antes de tudo uma fidelidade absoluta promettendo prestar-lhe um certo numero de serviços e em alguns casos excepçionaes certos auxilios pecuniarios. A essas obrigações correspondia o direito, para o vassallo, do exigir do senhor protecção e justiça.

Um mesmo senhor podia fazer, e ordinariamente fazia, concessões de feudos a varias pessoas, — do que resultava agruparem-se ao redor do senhor e sob o poder delle vassallos em numero maior ou menor. Os diversos vassallos de um mesmo senhor, unidos a este por identicos deveres, formavam o *agrupamento feudal*, que ha pouco dissemos ser o primeiro elemento constitutivo da feudal idade. E como cada senhor e cada vassallo tinham sob seu poder e jurisdicção varias classes de individuos ligados ás suas pesôas ás suas terras já por concessões sujeitas a prestações pecuniarias, já pela condição servil, considerava-se como constituindo o agrupamento feudal não só o senhor e seus vassallos como os vilões e servos, delles dependentes.

Convem além disso saber que um grande senhor, chefe de um grupo feudal, não estava inhibido de entrar em outro grupo, na qualidade de vassallo de um senhor mais poderoso, e era isso o que se dava na maior parte dos casos. De modo que veio a constituir-se na Europa

¹ E. Secretan define feudo deste modo: — “Um contracto de uma natureza particular (*pacium sui generis*) segundo o qual a posse e o gozo de uma certa terra são assegurados a alguem, mediante o compromisso que toma o possuidor de prestar ao proprietario directo da terra certos serviços comprehendidos em geral no dever de fidelidade.”

occidental uma hierarchia de grandes senhores, em cujo cimo estava quasi sempre o principe ou rei, na qualidade de *soberano feudal do reino*. Esta circumstancia, aliás, teve o merecimento de permittir que a ficção de uma unidade nacional podesse subsistir no meio do profundo retalhamento dos povos e estados da Edade-Media. E foi esse, segundo Littré, um dos grandes serviços do regimen feudal, ao lado dos dois outros seguintes: o reconhecimento de uma autoridade espiritual, independente da temporal, e a transformação da escravidão antiga em servidão.

O senhoriato, ou mais propriamente, a *senhoria*, que andava as mais das vezes, ligada a cada grupo feudal, entretanto não coincidia com este em todos os pontos. A *senhoria* era o direito de soberania, ou antes um desmembramento da soberania ou poder publico, passado para o dominio particular ou propriedade privada, e ora exercia-se sobre uma certa região, sendo então considerada como appendice de taes ou quaes propriedades territoriaes possuidas e transmittidas com a mesma região; ora constituia uma propriedade distincta tendo uma existencia propria. Em summa: as *senhorias* eram complexos de certos direitos de soberania, destacados do poder ou autoridade real e attribuidos a certos grandes titulares feudaes, como os *duques*, os *condes*, os *barões*, os *viscondes* e os *castellões*. Comprehende-se perfeitamente a origem e natureza da instituição quando se nota que foram as grandes divisões administrativas da monarchia carlovingia que deram nascimento aos *ducados* e *condados* pela apropriação das funções publicas em proveito dos duques e dos condes.

Não é facil dizer com precisão quaes os direitos componentes da mutilada soberania senhorial. Pode-se porém affirmar que a *senhoria* manifestava-se principalmente pelos direitos de sentencear em juizo e de lançar impostos: a justiça e o fisco eram seus elementos essenciaes; assim o *senhor de alta justiça* era a mais elevada autoridade de um dado grupo feudal.

Traçadas assim as grandes linhas da organização feudal, occupemo-nos da situação juridica das pessoas e dos bens nesse curioso regimen.

Tivemos occasião de ver que os agrupamentos feudaes compunham-se do senhor e seus vassallos e mais dos individuos a elles sujeitos, como os vilões e os servos. *Nobres*, *servos* e *vilões*, eram com effeito as classes de pessoas existentes na sociedade feudal.¹

A nobreza feudal constituiu-se pouco a pouco sobre os destroços das nobrezas romana e germanica, durante a existencia da monarchia franca; a fortuna e a coragem, o valor militar e a posse de terras, haviam sido os seus titulos originarios, e esses traços accentuaram-se com o advento do feudalismo. Eram nobres em primeira linha os grandes proprietarios dados ao officio das armas; eram ou foram nobres, no correr dos tempos, todos quantos fizeram aquisição de feudos ou foram admittidos na *cavallaria*. Daqui se vê que apesar de ser, em regra, hereditaria, a nobreza feudal não era uma posição inaccessible mesmo aos simples villões. É verdade que estes encontraram dificuldades, e em certa epocha tiveram verdadeira impossibilidade, de adquerir a qualidade de nobre por qualquer dos meios indicados; mas nem por isso é menos exacta nossa asserção. A propria *Ordenança* de 1275, que foi expedida para pôr embaraços á aquisição de feudos pelos vilões, demonstra que elles os possuíam e mais ainda que o rei Felipe reconheceu-lhes direitos e privilegios de *gentishomens*. Por isso escreve Ginoulhiac: “Que importa agora que os nossos antigos Costumeiros declarem que a posse dos feudos não confere nobreza? O que delles se conclue é que de facto os villões podiam possuir feudos, e que enquanto os possuíam tinham os privilegios mas estavam submettidos aos deveres dos gentishomens; e como resultasse disso, depois de um tempo mais ou

¹ Sabemos que os ecclesiasticos e os burgueses representaram no correr da Edade-Media eminente papel; mas os primeiros podem ser comprehendidos entre os nobres, tal foi o seu ascendente moral e material como ministros da religião e como senhores feudaes, e os segundos só no occaso do feudalismo fizeram sua entrada na scena historica.

menos longo, aquisição da nobreza por prescrição, teve-se de obrigar o vassalo villão, ou a regularizar sua posição obtendo cartas do principe, mediante o pagamento do direito de *franc-fief* (propriedade livre) ou passar seus bens ás mãos de um gentil-homem."

Os privilegios dos nobres, abstracção feita das vantagens provenientes da posse dos feudos e do seu direito de fazer parte das ordens de *cavallaria*, reduziam-se ao seguinte: serem julgados pelos seus pares, segundo regras differentes das applicadas ao julgamento dos villões, e estarem isentos de impostos ou taxas em geral e do pagamento dos direitos fiscaes.

Os villões (*hommes de poeste, hommes coutumiers*) eram os homens não nobres e não proprietarios de feudos, que obtinham dos senhores ou vassalos concessões de terras a explorar mediante prestações em dinheiro ou em fructos, e que para isso não precisavam de prestar fé e homenagem ao senhor. Essa classe de individuos não podia invocar os privilegios dos nobres, pelo que não tinham elles o direito de ser julgados pelos seus pares e estavam sujeitos ás corveias e, em geral, a todos os impostos e taxas senhoriaes. Eram tratados comumente como os servos, embora destes se distinguissem juridicamente por não estarem submettidos ás incapacidades da *mãomorta* e do *formariage*, de que fallaremos dentro em pouco.

Os servos eram a classe inflima do mundo feudal: alguma cousa superiores aos escravos, um tanto inferiores aos villões. A antiga escravidão — é sabido — foi transformada no correr dos seculos X e XI em simples servidão, o que constituiu um dos maiores progressos sociaes realisados na Edade-Media. Os servos, ao contrario do que se dava com os escravos, tinham uma personnalidade juridica e podiam, por conseguinte, possuir uma familia e um patrimonio; não podiam porém contrahir casamento com pessoa de outra condição nem de outra senhoria sem consentimento do senhor, traduzido n'uma imposição pecuniaria, e

não tinham também o direito de testar, nem seus descendentes ou ascendentes o de successão *ab intestato*. A primeira dessas incapacidades chamava-se *formariage* (*foris maritagium*) e a segunda *mãomorta*. A Igreja cerceou mais tarde o *formariage* validando o casamento desigual sem consentimento do senhor; mas em tal hypothese o servo incorria quasi sempre na pena de confiscação de todos os seus bens. Do seculo XIII por diante tambem a incapacidade da mãomorta foi cerceada, em algumas localidades admittindo se que o servo podia transmittir bens *ab intestato* a seus filhos e a seus outros parentes de condição servil; mas a grande maioria dos *costumes* conservou o primitivo rigor.

Os servos nasciam ou faziam-se: nasciam servos os filhos de servos, sahidos de casamento legitimo; faziam-se servos os que se submettiam por contracto e os que deixavam prescrever sua liberdade, acceitando durante um largo periodo os encargos e as consequencias da condição servil. A servidão cessava: ou pela libertação expressa concedida em carta senhorial, ou pela prescrição (quando decorria um certo lapso de tempo vivendo o servo sem os encargos do estado servil) ou pela entrada do servo no clero ou ordens religiosas. Resta dizer sómente: os servos distribuiam-se em tres classes: — servos *de corpo* (da gleba) servos *de servidão pessoal*, e servos *de servidão real* (detentores de uma propriedade servil); seus encargos communs eram o *chevadium* (somma fixa paga ao senhor annualmente) um imposto directo sobre a renda e economias (*taille*) e as corveias (dias de trabalho devidos gratuitamente ao senhor).

O regimen dos bens, ou antes dos immoveis territoriaes, durante o feudalismo, correspondeu exactamente ao estado das pessoas que nelle figuravam como elementos do grupo feudal: os terrenos e respectivos direitos possessorios eram nobres, villões ou servis. A propriedade nobre era o feudo, a terra dada no vassalo pelo grande senhor. O feudo surgiu como um direito immovel vitalicio, intransmissivel e inalienavel. Pouco tardou, porém, para que elle se tornasse hereditario e alienavel: — hereditario a principio apenas na linha descendente e obedecendo ao direito de

primogenitura, e posteriormente na linha collateral, subordinado ao principio da masculinidade. A inalienabilidade do feudo decorria do facto da sua vitaliciedade e da personalidade do contracto outra o senhor e o vassallo, por isso quando o principio da patrimonialidade prevaleceu, as cessões ou vendas foram feitas, em começo, com o consentimento do senhor, e por fim sem dependencia desse consentimento, mas com a condição do pagamento do *quinto* (indenização pecuniaria elevada) ou dos direitos de resgate e de reivindicação (*retrait*) feudal. Tambem no caso de transmissão hereditaria do feudo o senhor percebia uma indenização que tinha o nome de *relevium*.

As possessões villãs eram constituídas por concessões ou cessões de terras feitas pelos senhores aos não nobres (*roturiers*). Fallando da condição pessoal destes já assignalámos a natureza e caracter de suas obrigações para com o senhor ou vassalo feudal. A *censiva*, o *champart* e a *renda feudal* são os typos de taes concessões, tendo sido sempre mais usado o primeiro. A *censiva* era uma terra concedida mediante o pagamento annual de uma certa somma de dinheiro, *census*. Como o feudo ella appareceu a principio com os caracteres de vitaliciedade o inalienabilidade. Mais facilmente porém do que aquelle tornou-se patrimonial, e por consequencia hereditaria e alienavel, embora, como sua congenere, sujeita nesses casos de transmissão ao pagamento de indenizações pecuniarias ao senhor.

As terras servis, isto é, concedidas por um senhor a seus servos, supportavam regimen semelhante ao das terras villãs; entretanto differençavam-se profundamente destas no seguinte: não eram obtidas por contracto nem foram nunca hereditarias e alienaveis.

Os typos de propriedade que ahi ficam apontados eram os vigorantes em quasi toda a extensão da Europa medieval; mas não se deduza dahi que a plena propriedade individual e livre estivesse banida em absoluto da sociedade occidental: aqui e ali apparecia, como excepção, o *franc-alleu* ou *francum allodium*, que se distinguia do regimen

territorial do feudalismo por estes traços altamente expressivos: pertencia integralmente ao seu proprietario, e este, não devendo serviço nem prestação a pessoa alguma, podia transmittil-o livremente a seus herdeiros ou alienal-o.

Feito este resumo dos direitos das pessoas e das cousas no regimen feudal, urge dizer algo sobre a organização da justiça respectiva e competente processo.

O poder judiciario, como o poder propriamente governamental, pertencia, no periodo a que nos reportamos, aos senhores feudaes, que o exerciam concurrentemente com a realeza, o clero e as cidades privilegiadas, mas guardando ciosamente *intra muros* os principios de sua justiça senhorial. Esta justiça era administrada em regra geral, quer no civil quer no crime, pelo proprio *senhor*, mas era, em grande numero de casos, deferida a certos funcionarios chamados *prebostes* e *baillios*, que presidiam tribunaes compostos diversamente segundo a condição das pessoas a julgar. Distinguia-se entre *alta* e *baixa* justiça, competindo a aquella o conhecimento das accusações criminaes que arrastavam penas afflictivas, duelos judiciarios, etc.

O processo em uso nos tribunaes senhoriaes e feudaes era “oral e essencialmente formalista, subtil e grosseiro ao mesmo tempo”; elle conservava um fundo pronunciado de idéas e instituições germanicas, mas entretanto apresentava já modificações notaveis. Assim, a theoria das provas continuava a consagrar as ordalias, o juramento purgatorio e os cojuradores, o duelo judiciario, etc.; porém a obrigação da prova era já attribuida ao autor, como no direito romano, e por outro lado, em materia criminal, as penas afflictivas tinham substituido em grande parte as pecuniarias, sendo estas pagas não á parte vencedora, mas ao senhor.

Não precisamos ir mais longe na analyse das instituições peculiares ao systema feudal. Passemos agora a indicar as fontes do direito correspondentes a esse systema.

É evidente que a legislação do tempo do feudalismo não podia ser geral, uniforme e capaz de uma codificação regular. Separados os homens e os territorios pelos marcos divisorios dos innumeros feudos, dos ducados, dos condados, das baronias, etc., dado o poder absoluto dos *senhores* sobre seus vassallos colonos e servos, assim nas relações politicas como nas juridicas, o direito objectivo só podia apresentar-se como um conjuncto de regras territoriaes variaveis, subordinadas aos costumes mas modificadas pelo arbitrio dos magnatas dominantes.

Foi o que aconteceu de facto, produzindo como consequencia capital a substituição do *principio da personalidade*, vigente na monarchia franca, pelo da *territorialidade das leis*. Dentro dos limites de um fundo, pertencessem ou não os seus habitantes á mesma nacionalidade, só uma lei era reconhecida e applicada: a lei local constituída pelos usos e costumes predominantes e pelas necessidades da nova ordem de cousas. No seculo X já as Capitulares tinham cahido em desuso e com ellas as disposições das *leges barbarorum*, pouco a pouco enxertadas de regras dos direitos canonico e romano. É verdade que fóra do direito particular á cada pequena circumscripção feudal, manteve-se um *direito commum* para cada um dos paizes submettidos ao antigo imperio, — direito que se baseava sobre as velhas leis e capitulares, já então passadas ao estado de costumes. Mas a situação geral era a seguinte, conforme a expõe Von Schulte:

“O particularismo substituiu gradualmente o antigo systema das leis de tribu, e quanto mais as divisões territoriaes se constituíam fixamente, mais influencia adqueria no direito o principio da territorialidade. Eram os interessados por si mesmos que formavam o direito privado e em parte o direito publico; bastava que a utilidade de uma medida fosse reconhecida para que esta fosse admittida e se propagasse por todo um territorio. O

conhecimento do direito era facilitado pelas formas symbolicas, as palavras solemnes, as decisões proferidas pelos tribunaes."

As fontes juridicas então foram principalmente as *cartas* ou *diplomas*, de que fallámos no capitulo precedente, e os *estatutos*, ou *costumes* redigidos, de certos mosteiros ou feudos ecclesiasticos. Destes ultimos são citados como mais importantes os intitulados: *Consuetudines et jura monasterii reguloe* (do mosteiro de Reóle), *Burchardi Episcopi Wormatiensis leges et statuta familie S. Petri* (do bispado de Worms), e *Privilegia de justitia ministerialium ecclesioe Babebergensis*.

Onde, porém, o conjunto do direito feudal nos apparece menos fragmentado e mais digno de ser estudado é nos *Libri feudorum* (*Feudist, consuetudines Feudorum*) — compilação longobarda attribuida a dois consules milanezes de nomes Gerhardus Niger e Obertus ab Orto, que parece terem vivido sob o reinado de Frederico I.¹ Apesar das duvidas que pairam sobre a autoria desse trabalho, especialmente no que se refere a Gerhardus Niger, o douto Giovanni Bovio escreve o seguinte a respeito: "Quem resumiu em um corpo de leis o feudalismo foi Frederico I, que atravez de não poucos obstaculos conseguiu ver *Gherardo il Nero* e *Oberto dell'Orto* levarem a termo uma compilação das leis feudaes, a qual teve valor publico, como o Decreto de Graciano."

Com effeito é opinião de alguns escriptores que os *Libri Feudorum*, depois do submettidos a um trabalho de revisão, foram offerecidos a Frederico I, que prescreveu o ensino delles em todas as Universidades submettidas a seu imperio.

Os *Libri Feudorum* conteem a exposição dos usos e costumes feudaes da Lombardia. Datam, provavelmente, de meados do seculo XII e

¹ "O Direito feudal (diz Ahrens) formou-se geralmente da tradição, por um lado, e por outro das leis imperiaes, que particularmente na Lombardia foram promulgadas com o concurso dos Estados no campo de Roncaglia, e ao mesmo tempo das sentenças das côrtes feudaes, notadamente da côrte do Imperio. Elle recebeu na Lombardia uma primeira redacção scientifica, e este direito feudal longobardo, adoptado ao mesmo tempo que o Direito romano, teve na Allemanha a mesma força de lei obrigatoria."

foram a principio divididos em 2 livros, com 56 ou 58 titulos. O primeiro livro contem um tratado sobre a differença entre os direitos romano e feudal, extractos de leis imperiaes, glosas, julgamentos, etc.; o segundo comprehende um estudo do consul Obertus ab Orto, em fôrma de cartas dirigidas a seu filho Anselmus, estudante em Bolonha, sobre a concepção o organização do feudo, um tratado sobre as relações dos senhores e vassallos, leis de Lothario II o Frederico I, decisões dos tribunaes feudaes, etc. Os *Libri Feudorum* foram posteriormente revistos, refundidos, augmentados com as leis de Frederico I e Henrique VI, e afinal estudados na Escola de Bolonha, como appendice do *Corpus Juris Civilis*.

Vê-se pela descripção feita que a principal senão unica compilação das leis feudaes está muito longe de ser um trabalho completo e de resumir todas as modalidades legaes do feudalismo. Basta notar que ella não foi além do direito vigente na Lombardia, o qual differia, em muitos pontos, do direito feudal francez, ao menos do direito francez das provincias de oeste. Todos os escriptores francezes assignalam essa circumstancia. Como quer que seja o *Livro dos Feudos* exerceu uma importante acção na Edade-Media, e assim se explica o facto de ter elle passado das Universidades para as mãos de legistas e de romanistas celebres do seculo XVI, como Cujas e Doneau, os quaes lhe davam autoridade equal á dos livros de Justiniano.

Temos dito o que basta sobre o feudalismo e o direito feudal. E do que dissemos podem ser tiradas, de accordo com G. Carle, as seguintes conclusões comparativas:

Ao passo que no periodo das invasões dominaram a força e a violencia, no periodo feudal prevaleceram as idéas do consenso e do contracto; enquanto naquelle periodo o sentimento de individualismo manifestado pela força material subrepujou a todos, durante o feudalismo o principio individualista cedeu terreno ao conceito de familia mettida em moldes quasi patriarchaes; ao contrario do que se deu na phase germano-

franca, em que o objectivo das leis era a segurança e defesa pessoal, a phase feudal encaminhou o direito para reconhecimento e defesa da propriedade.

§

A Egreja: Direito Canonico. — O eminente G. Bovio declara resolutamente, em seu notavel *Disegno d'una historia del Diritto in Italia* que a Egreja deve ser considerada o centro da Edade-Media e o Direito Canonico a nota juridica nella predominante. E escreve: “Atravez dos casos infinitos, rapidos, inopinados e confusos da Edade-Media, atravez das emigrações, confusões e fusões de raças e de povos, das origens dos feudos, da instituição da cavallaria, do monarchismo, do duplo poder legislativo, dos multiplos codigos e jurisdições, das discussões pessoas e das lutas occasionadas pela heresia; atravez das guerras pelas investiduras, da formação das monarchias, dos arbitrios, dos erros e crimes dos pontifices; em summa, atravez dessa epocha em que se inicia e funda uma civilização nova, os periodos da historia medieval devem ser procurados principalmente nas phases da Egreja.”

Sem attribuirmos tão decidida e superior influencia, no ponto de vista da criação juridica, ao christianismo e á Egreja catholica,¹ reconhecemos de bom grado a alta missão politico-social do catholicismo durante a Edade Media, e somos os primeiros a admirar e louvar o extraordinario talento de organização e systematisação de que deram provas os seus representantes. E circumscrevendo-nos ao campo do nosso estudo, não temos duvida em afirmar que foi a Egreja, por intermedio do Direito Canonico, o elemento fusionador e seleccionador que durante a phase medieval combinou e depurou os direitos romano e germanico, preparando-os para a grande obra futura da unificação e

¹ Dizemos assim porque sabemos que na Edade Media, duraute a representação do grande drama que dominou — a luta do Sacerdocio e do Imperio — estiveram sempre em jogo e em contradicção os elementos espirital e temporal, o que, apesar do ascendente do primeiro (o qual fez do federalismo feudal um unitarismo christão, separando os povos da epocha em crentes e infieis) ao passo que a Egreja apoiava-se nas doutrinas dos philosophos gregos, o Imperio buscava os seus elementos de acção nas regras da jurisprudencia romana, a qual veio finalmente a prevalecer.

universalização do Direito. Nestes termos estamos de accordo com G. Bovio, e nas linhas que vão seguir trilharemos o caminho por elle indicado para uma viagem historica atravez das creações e fundações da Igreja, o que vale dizer, ao longo de sua marcha evolucionar.

O *individualismo absoluto*, as *prelaturas* e os *concilios* marcam as phases primitivas da evolução da Igreja. A primeira dellas assignala a ausencia do dogma no meio da primitiva democracia espirital, ausencia justificada pelas palavras de Christo: *Onde estão reunidas em meu nome duas ou tres pessoas ahi estou eu*. Nesse periodo a discussão é de todos; a solução é de cada um. Mas como essa doutrina de livre exame não fosse compativel com a constituição de um dogma, de um culto e de um regimen rigorosamente religiosos, surgiu a idéa de cerceal-a e de eliminall-a por fim. Para isso foram instituidas as *prelaturas*, "as quaes na historia do espirito christão representam a primeira aristocracia da intelligencia, vinda em substituição da primitiva democracia." Ellas funcționaram junto ao vulgo como guias espirituaes superiores, capazes de transfundir a verdade christã no espirito da gente ignara. Entretanto as divergencias naturaes entre os representantes dessa aristocracia indicaram dentro em pouco a necessidade de reunil-os para a fixação de certos pontos de doutrina. Nasceram dessa necessidade os *concilios*, que foram chamados a estabelecer dogmas e a condemnar heresias, sendo os primeiros os de Nicéa, de Constantinopla, de Epheso e de Calcedonia — todos orientaes e todos meramente espirituaes e dogmaticos. Aberto, porém, o caminho tinham de vir mais tarde, como vieram, os concilios occidentaes de Latrão, de Lyão e de Trento, nos quaes a fixação da doutrina e do dogma mal encobria as pretensões politicas da Igreja, então já organisada como Estado monarchico. De resto esta organização politica da Igreja era uma consequencia fatal de seu proprio destino historico: o Dogma tinha de transformar-se em Poder e o Poder de constituir-se em Estado.

As tres primeiras phases espirituaes do Christianismo apparecem, seculos depois, traduzidas nos tres grandes periodos

temporaes do catholicismo: 1º o da autonomia ecclesiastica em face do Estado; 2º o da aristocracia dos prelados; 3º o da Igreja monarchica.

A autonomia da Igreja começou como protecção do Estado, continuou como costume ecclesiastico e acabou por constituir-se como direito proprio. Consistiu ella em ser considerada a Igreja como um poder *sui generis*, isento dos tributos lançados pelo Estado e com jurisdicção propria sobre os clerigos, subtrahidos á jurisdicção leiga.¹

Com os privilegios concedidos á Igreja, a prelatura antiga deixou de ser aristocracia moral para tornar-se jurisdiccional: o modo de eleição variou e os prelados começaram a copiar os funcionarios do Imperio encarregados dos *officia palatina*, fazendo-se nomear para cargos de representação temporal e official junto ao Papa. Feito isso estavam lançadas as bases da monarchia da Igreja.

Esta veio muito naturalmente, como consequencia forçada dos dogmas proclamados nos concilios de Nicéa, Epheso e subsequentes. O papa de simples prelado passou a ser, a principio, bispo de Roma, depois *episcopus episcoporum*, *vicarius christi*, etc. O concilio de Pavia que decretou para o chefe da Igreja o titulo de *bispo dos bispos* fechou o anno 1000 deixando fundada a monarchia da Igreja. Durante os mil annos decorridos a Igreja tinha passado por tres phases: uma que se estendo de S. Pedro a Silvestre I, outra que vae de Constantino a Carlos Magno e uma terceira que começando em Leão III termina em Gregorio VII. Na primeira a Igreja organisara-se como poder espiritual, depositario de dogma, e impuzera o christianismo como religião do Estado; na segunda começara por obter sua autonomia e terminara por fundar a Igreja-

¹ A tal respeito são significativos os seguintes textos do codigo Theodosiano: "Quotiens de religione agitur, episcopus convenit agitare (L. 1 *de religione*); Clericos non nisi apud episcopos convenit accusare Clericos etiam, quos indiscretim ad soeculares iudices debere deduci infaustus proesumptor edixerat, episcopali andientioe reservamus (L. 41, tit. 43, *de Episcopis*)." Nessas disposições está expresso o privilegio de fôro dos clerigos. Mas não era só isso. A Igreja desde Constantino adquerira o direito de estender sua jurisdicção aos proprios leigos, conforme se verifica da Constituição 331, e mais tarde Justiniano sancionou essa pratica.

Estado; na ultima conseguiu transformar o Estado da Igreja em monarchia universal ou theocratica. A partir desta derradeira phase começa a decadencia do papado e da Igreja, com o grande schisma e com a Reforma.

A Igreja, porém, não se deixaria declinar e submeter sem o protesto de uma organização legislativa correspondente ao seu desenvolvimento organico e historico, sem a construcção de um monumento que attestasse aos posteros a grandeza e a proeminencia de sua função social. O *Corpus Juris Canonici* foi o protesto e foi o monumento com que ella affrontou a Renascença e o mundo moderno.

No correr da sua desenvolução o christianismo tinha construido não só uma doutrina, uma philosophia e uma arte suas, como tambem uma legislação propria: o Direito Canonico — expressão, em seu periodo culminante, da Igreja-Estado e do Papa-Rei. O Catholicismo, pretendendo supplantar a morte, como na theocracia egypcia, tratou de mumificar em um corpo de direito revelador de sua pujança secular. E o *Corpus Juris Canonici* veio a ser uma realidade. Vejamos a ordem em que appareceram seus elementos constitutivos e como elles foram depois codificados.

No periodo inicial da Igreja, sob os primeiros 34 papas chamados *servi servorum Dei*, emquanto ella se organisa como dogma e seus chefes são martyres e santos, o direito canonico positivo não existe. Durante essa epocha “a Igreja está mais nas catacumbas do que sobre a terra”, na formosa expressão de Bovio.

No segundo periodo (de Constantino a Carlos Magno) já o direito canonico apparece e constitue-se largamente. Começa a faina dos concilios e a autoridade papal expande-se em constituições e decretaes. Por essa epocha vê-se apparecer a jurisdicção episcopal, primeiro como voluntaria, depois como necessaria — jurisdicção que se exercia não só

sobre os bens e pessoas da Igreja como sobre os negocios dos leigos que recorriam voluntariamente ao tribunal ecclesiastico.

No terceiro periodo (de Leão III a Gregorio VII) a obra politica e legislativa chega ao seu apogeu com a Igreja feita *Monarchia Universal*; o movimento começa pelas *immunidades* e acaba nos *dictatus papae* — suprema expressão da theocracia, ainda no dizer de Bavio. Ao lado do Papa — imperador e eleitor de imperadores, a Igreja ostenta o Papa-legislador e juiz. É claro que neste periodo devia o Direito Canonico chegar á constituição definitiva o ao *maximum* de sua influencia. “Aos surtos da legislação civil impregnada de Direito Romano, a Igreja oppunha uma crescente e poderosa legislação, destinada a prevalecer sobre aquella. E foi então que, fazendo-se sentir-a necessidade de uma codificação — sobretudo pela conveniencia de ensinar o Direito Canonico, ao lado do Romano, nas Universidades — surgiu o *Decretum Gratiani*, a pedra angular do edificio do *Corpus Juris Canonici*.

Entremos na analyse particular de cada uma das partes desse corpo de direito.

Anteriormente a Graciano o Direito Canonico havia tido uma primeira compilação regular no trabalho de Dionysio o Pequeno, elaborado no seculo VI¹. Esse trabalho, intitulado *Codex canonum ecclesiasticorum*, não podia mais, seculos depois, servir ás necessidades e conveniencias da Igreja. Tão pouco podia servir a ellas a collecção do bispo sevilhano Isidoro, o *Codex Canonum* confeccionado no seculo VII e mystificado algum tempo depois pela compilação das falsas decretaes apparecidas sob o nome de Isidoro *mercator* ou *peccator*.

Nestas condições Graciano, monge beneditino de Bolonha, metteu mãos á obra de uma nova codificação, visando o mesmo escopo

¹ A bem da verdade historica devemos consignar aqui que a mais antiga collecção de leis canonicas é a dos *Canones apostolorum*, organisada por um desconhecido, anteriormente ao concilio de Nicéa.

de Dionysio o Pequeno: oppor ao Direito romano a barreira da legislação canonica.

O *Decretum Gratiani*, que teve o sub-titulo de *Discordantium Canonum Concordantia* e cuja data é geralmente collocada entre os annos 1141 e 1155 (fixando-a muitos em 1151), foi buscar os seus materiaes nas collecções anteriores, nos escriptos do abbade Reginon e dos bispos Burchard e Yves, nos decretos dos concilios, nos canones dos apostolos, nas decretaes anthenticas ou suppostas dos papas, nas opiniões dos padres da Egreja, nas Capitulares e até mesmo no direito romano. A collecção foi dividida em tres partes intituladas: 1^a *distincciones*, 2^a *Causoe*, 3^a *Tractatus de consecratione*. Acolhida pela Egreja com o maior favor, o papa Eugenio III apressou-se a ordenar quo ella servisse de texto ás lições do direito canonico nas Universidades catholicas. Ahi o *Decretum Gratiani* foi, no correr dos tempos, objecto de *glosas* dos *decretistas*, *ad instar* do que faziam os legistas com o Direito romano.

No seculo XIII já o trabalho de Graciano estava muito abaixo do nivel canonico da epocha. Um numero prodigioso de decretaes e grande quantidade de compilações, como as do Anselmo de Mantua, Bornardo de Pavia, João de Valla, Bernardo do Compostolla, tinham-se amontoado, embaraçando o estudo do direito da Egreja, e urgia proceder ao trabalho de codificação das novas fontes. Esse trabalho foi confiado por Gregorio IX ao dominicano catalão Don Raymundo de Pennaforte, que o apresentou acabado em 1543, com o titulo de *Decretales Gregorii IX*. As *Decretales* foram divididas em cinco livros, do accordo com a classificação que o Breviario de Bernardo de Pavia tornara conhecida e que fôra resumida neste hexametro: *judex, judicium, clerum, connubia, crimen*.

Esta compilação é tambem conhecida pela denominação de *Extra*, — isso pelo facto de ter sido feita *extra Decretum Gratiani* e para complemento deste. Como sua antecessora, ella foi mandada adoptar nas Universidades e serviu de base ás glosas dos theologos.

Sem que decorresse um seculo sobre o trabalho de Don Raymando Penaforte, uma outra compilação de direito canonico fez-se necessaria e veio a lume. Foi ella o *Liber sextus Decretalium*, ou Decretaes de Bonifacio VIII. Este papa encarregou uma commissão de tres bispos de effectuar o trabalho, e ao encorporal o ao *Corpus Juris Canonici* deu-lhe o nome de *Liber Sextus* para significar que elle devia ser considerado complementar dos 5 livros das Decretaes de Gregorio IX. Como estas o *Liber Sextus* foi aliás dividido também em 5 livros, que foram mais tarde glosados por Johannes Andrea.

Pouco depois do *Liber Sextus*, em principios do seculo XIV, veio a luz uma nova collecção do leis ecclesiasticas, a ultima feita em virtude de ordem pontifical. Foi a das *Constitutiones Clementinoe* ou *Libri Clementinarum*, mandada organizar pelo papa Clemente V o que só appareceu depois da morte deste, sob o papado de João XXII. As *Clementinas* continham, além das decretaes de Clemente V, os canones do Concilio de Vienna, que o mesmo papa presidira. Esta compilação foi, por sua vez, dividida em 5 livros, sendo feita a distribuição das materias segundo o methodo adoptado no *Extra* e no *Sextus*.

Em rigor o *Corpus Juris Canonici* compõe-se apenas das fontes que ahi ficam apontadas: o *Decretum*, o *Extra*, o *Liber Sextus* e os *Libri Clementinarum*. Mas na epocha em que o papa Gregorio XIII decretou a constituição definitiva do *Corpus Juris Canonici*, *clausum*, (1580) entraram a fazer parte deste as collecções das *Extravagantes* (*quia vugantur extra collectiones tunc confectas*) ou compilações das decretaes do João XXII e de seus successores até Sixto IV — compilações feitas por canonistas não autorisados a isso pelo chefe da Igreja. De modo que, a partir de 1580, o Corpo do Direito Canonico ficou oficialmente organizado pela justaposição das seguintes fontes: 1º *Decretum Gratiani*, 2º *Decretales Gregorii IX*, 3º *Liber Sextus Decretalium*, 4º *Libri Clementinarum*, 5º *Extravagantes*, divididas em extravagantes de João XXII e extravagantes communs.

Entretanto as edições modernas do *Corpus Juris Canonici* juntam ás fontes officiaes estas outras, que no correr dos tempos lhe foram addiccionadas como appendices: um 7º livro de Decretaes, contendo as dos successores do Sixto IV até Sixto V, as Decretaes de Alexandre III no concilio de Latrão, as de Innocencio IV no concilio de Lyão e as *Institutas* de Lancelot. É excusado dizer que todas estas fontes extra-officiaes não tem valor canonico reconhecido.

Desenhado assim, em suas grandes linhas architectonicas, o gigantesco edificio do Direito da Egreja, é licito perguntar: Em que foi que essa portentosa construcção embellesou e melhorou a Cidade humana e especialmente a Cidade Juridica, tão custosamente edificada por gregos, romanos e germanicos, atravez de lutas as mais cruéis e no correr de seculos os mais agitados? Com que e de que modo contribuiu o Direito Canonico para o aceleramento da evolução social no departamento juridico?

Responderemos n'uma rapida synthese, porque a isso nos obriga a estreiteza do tempo e do espaço.

O Direito da Egreja, com ser papal e intolerante, com ser muitas vezes cruel e usurpador, nem por isso deixou de influir beneficamente na desenvolução juridica da humanidade. O primitivo espirito christão que o animara nas catacumbas de Roma infiltrou-lhe no organismo tendencias de generosidade e de delicadeza moral que todos os horrores da Inquisição não poderam eliminar. Dessas tendencias nasceu a acção que a legislação e jurisprudencia canonicas exerceram sobre o direito romano e o germanico para expurgal-os de um certo numero de instituições e praticas, incompativeis com os princípios de humanidade e com a dignidade individual.

Abstrahindo das largas modificações que o Direito canonico introduziu no direito substantivo romano-germanico, especialmente no que toca ao direito das pessoas; assignalaremos, no campo do direito

adjectivo, as conquistas capitaes por elle obtidas. Foi elle quem primeiro se bateu contra os primitivos e barbaros processos de prova dos germanos, pela voz de S. Agobardo e pelo voto do segundo Concilio lateranense; foi elle quem, pelo orgão de Innocencio III, proclamou a necessidade do processo escripto, com os tramites de citação, da producção de documentos, da prova testemunhal, etc.; foi elle quem introduziu na pratica judiciaria o remedio das appellações; foi elle, finalmente, quem, por intermedio de seus juristas, creou a palavra designadora da luta judiciaria, substituindo pelas expressões *processus*, *processus juris* ou *processus judicarius*, o *judicium* e a *ordo judiciorum privatorum* dos romanos. E basta isto para que vejamos nelle uma das poderosas alavancas da mechanica juridica — uma alavanca de ferro e ouro que tendo como ponto de apoio a fé imponderavel pode deslocar o eixo do mundo pagão.

XII

Outras correntes juridicas medievas: — As Universidades; o Direito Romano. — A obra dos legistas; os Costumeiros.*

§

Um dos factos culminantes da Edade Media é a influencia que as *Universitates juristarum* exerceram na Europa sobre a sciencia e a pratica do Direito, especialmente do seculo XII em diante. Si não bastassem o feudalismo, a cavallaria, as cruzadas, a constituição do direito canonico e o movimento das communas, para caracterisar o largo e cahotico periodo de transição entre o mundo antigo e o moderno, ahi estariam as Universidades para dar-lhe uma feição particular, original e merecedora de estudo. Aquelles que veem no periodo medievico uma

* FONTES: As mesmas do capitulo anterior e mais: Biagio Brugi: *I fasti aurei del Diritto Romano*; C. Cantú: *Hist. Univ*, ref. e ampl. por A. Ennes. vol. 9; Ihering: *O espirito do Direito Romano*, trad. franc.

phase de retrogradação social e entorpecimento intellectual esquecem este facto eloquentissimo, capaz por si só de rehabilitar o periodo historico de que se trata.

A dominação barbarica e o consequente estabelecimento do regimen feudal não tiveram a força de circumscrever em absoluto ás cellas dos conventos o amor das letras e das sciencias; o estado do Direito pelo menos, segundo a tradição e orientação romanas, manteve-se perenne e publico, constituindo na Europa occidental um prolongamento das escolas bysantinas de Constantinopla, de Beryto, de Alexandria, de Cesarea e de Athenas. São prova disto as escolas de Roma e Pavia, na ultima das quaes é sabido que durante o seculo X serviu de base para o ensino o *Brachylogus*, um tratado de autor desconhecido, calcado nos moldes das *Institutas* de Justiniano.

Esta permanencia da letra e do espirito do Direito Romano atravez da invasão germanica e respectivos estabelecimentos é aliás um facto que não precisa de larga demonstração. Já uma vez tivemos occasião de dizer: quem figurar mentalmente um mappa ethnographico-juridico da Europa depois da queda de Roma, principalmente no periodo que vae do seculo VI ao seculo XII, verá que a parte sul e centro-oeste do continente apresenta a esse tempo uma physionomia complicado onde os direitos romano e germanico se acostam e se crusam. Demais basta recordarmo-nos do principio da personalidade vigorante no periodo das *leges* e no da monarchia franca, para verificarmos que o direito germanico não eliminou o direito romano dos paizes em que penetrou. Na Italia, nas Gallias, na Hespanha, emfim nas antigas provincias do Imperio decahido, a legislação latina lutou bravamente com a dos invasores e não succumbiu na luta, como o provam as collecções de leis romano-bárbaras a que já tivemos ensejo de referir-nos.

Vivo assim o direito romano em plena situação barbarica e feudal, nada mais natural do que o seu estudo e ensino entre as

populações latinizadas, quer em escolas propriamente juridicas, como as citadas de Roma e Pavia, quer nos cursos onde era doutrinada no seu conjunto a sciencia medieval.

A sciencia da Edade Media, ou antes, a sciencia ensinada nas escolas medievas, era apoucada e pobre, — o que explica, digamos de passagem, a possibilidade do apparecimento dos Picos de Mirandola dizendo de *omni re scibile et quibusdam aliis*. Sete artes, divididas em *menores* e *maiores* e constituindo dois grupos denominados *trivium* o *quadrivium*, abrangiam todos os conhecimentos da epocha. As artes menores do *trivium* eram a grammatica, a rhetorica e a dialectica; as maiores do *quadrivium* eram a arithmetica, a geometria, a musica e a astronomia.

A simples nomenclatura das materias indica que o Direito não entrava como disciplina especial e autonoma no plano de estudos das escolas medievas. Dahi não se conclua, porém, que elle não era ensinado. Era-o, como fazendo parte da dialectica e portanto vinha incluído no *trivium*. “O mestre de dialectica (diz Biagio Brugi) depois de ter dado as regras sobre o raciocinio, argumentação, divisões, definições, conclusões, etc.; exemplificava todas as regras theoricas com exemplos tirados do direito civil e assim exercia o duplo officio de mestre de dialectica e de direito civil.” Nas obras dos dialecticos medievas, especial monte na de Severino Boecio (*Dialectica*) encontram-se numerosos exemplos desse curioso methodo de ensino. Eis, duas passagens de Boecio bastante significativas:

“Sed ad id totum de quo disseritur, cum definitio adhibetur, quasi involutum evolvit id de quo queritur. Ejus argumenti talis est forma: jus civile est oequitas constituta his qui ejusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas, Ejus autem aequitatis utilis cognitio: utilis ergo est juris civilis scientia”... “Sit enim dubitabile an in aliquo agro mihi atque vicino simul pascere liceat pecus: id est au jus sit compascere. *Subjectum* igitur, est ager, compascere vero *predicatum*. Faciemus itaque argumentum hoc modo. Hic de quo queritur ager compascus est, in compascuo autem licet compascere, in hoc igitur agro licet compascere.”

Nada disso parecerá extranho si attendermos a que a Grammatica era, na Edade Media a *arte por excellencia* e entravam no circulo de suas indagações as antiguidades civis, juridicas e religiosas. Foi a grammatica, por intermedio de Isnerio, que do *trivium* fez passar o direito para a Universidade de Bolonha, e ainda em plena florescencia das Universidades muitas vezes um só professor dava lições de poesia, de rhetorica e de instituições civis.

A transição das escolas medievaes para as Universidades (*Universitates*: de *in unum, vertere universitas*) era uma fatalidade historica determinada pela necessidade que sentia a *elite* intellectual, o elemento culto da Edade Media, de reagir contra a estreiteza do regimen feudal, por meio do principio da associação. A mesma necessidade, no ponto do vista material, impuzera-se ao elemento popular e democratico e fizera surgir as associações ou corporações de officios — as *universitates sutorum, sartorum*, etc.

Seja, porem, esta ou outra a causa do phenomeno, a verdade é que a partir de seculo XII nós vamos encontrar na Europa, não já como simples estabelecimentos de instrucção particulares ou officiaes mas como verdadeiras communas espirituaes de extensas regalias e privilegios, associações ou corporações compostas do professores e estudantes, nos quaes eram leccionados larga o brilhantemente os direitos canonico e romano, a theologia, a medicina, a philosophia, etc. Essas associações ou corporações eram as Universidades, das quaes as mais importantes e que mais renome obtiveram foram as de Bolonha e Paris, aliás diversificadas nos respectivos typos de organização.

Digamos alguma cousa sobre o modo de formação e sobre a natureza de cada uma.

A universidade de Bolonha, mais antiga do que a de Paris, surgira expontaneamente da associação de mestres e discipulos,

desejosos uns de propagar e outros de aprender a sciencia do Direito. Os estudantes escolhiam livremente os seus professores e remuneravam-n'os. A carencia de livros impunha naquella a necessidade das prelecções oraes, e quanto mais profunda ou brilhante era a palavra do professor mais concorrido e afamado se tornava o centro universitario onde elle professava. O de Bolonha já tinha uma gloriosa reputação quando Frederico Barbaroxa, expontaneamente ou a pedido de estudantes e professores, concedeu a uns e outros um certa numero de immunities e privilegios, entre os quaes sobresahia o de não poderem os estudantes ser perseguidos pelas autoridades ordinarias por motivo do dividas e delictos quaesquer, tendo o direito de optar pela jurisdicção particular dos professores ou do reitor da Universidade. A partir dahi Bolonha apparece como cidade depois de seis annos. Após esses prazos o candidato sujeitava-se a duas provas: uma particular, perante o arcediago e os doutores, e outra publica, que era a defeza de uma these, feita na cathedral, com grande solemnidade. O curso completo e coroado somente pela prova particular dava direito ao titulo de *licenciado*. Passado o 5º anno de estudos o escolar era considerado *bacharel* e obtinha o direito de explicar um titulo dos textos ou mesmo um tratado.

A universidade de Paris foi constituida em 1200 por Felipe Augusto pela incorporação ou fusão das escolas de Fouare e de Moutagne Sainte Genevieve. Sua organização divergia da de sua rival de Bolonha no facto de não ser, como esta dirigida por um senado eleito pelos estudantes. Na universidades do Paris somente existiam professores e estudantes subordinados a estes, e não chefes eleitos dos quaes dependessem os professores. Tres faculdades constituiam a principio a universidade: a de theologia, a de direito civil e a de medicina; mais tarde teve ella uma cadeira do direito canonico propriamente dito, e tal foi o elasterio que tiveram os seus cursos, que no começo do seculo XIII poude ella orgulhar-se de abranger todos os conhecimentos humanos e de

mececer os apellidos de *fonte do saber*, *arvore da vida*, *candelabro da casa do Senhor*, etc.

Tão numerosos e tão importantes como os da universidade de Bolonha eram os privilegios da de Paris. Os estudantes não estavam sujeitos á jurisdição ordinaria, mas sim á da Universidade nos assumptos propriamente escolares e á das autoridades ecclesiasticas nas outras materias; gozavam além disso de todos os direitos da communa, embora nella não estivessem domiciliados; não podiam ser excomungados — privilegio de que compartilhavam os mestres; não eram obrigados a dar penhor aos burguezes para garantia do pagamento de alugueis; não podiam ser coagidos, em caso algum, a mudar-se ou a prestar serviços ao Estado, e tinham seus livros isentos de penhora. O chefe da universidade ou reitor estava por seu turno isento da jurisdição real, assim como a universidade e os seus *mensageiros* estavam isentos do pagamento de *portagens*. O preboste de Paris e o capitão das guardas prestavam juramento perante os professores ou communa de facto governada pelos estudantes e mestres de Direito encabeçados pelo competente reitor. A jurisdição dos magistrados ordinarios e da Côrte Episcopal exercia-se talvez sobre menor numero de individuos do que a dos professores e do reitor da Universidade, — tal era o numero dos estudantes existentes em Bolonha.

A administração superior da Universidade era eleita pelos estudantes e conferida a um Senado composto de tres membros: o reitor e dois conselheiros, delegados ou deputados dos dois grupos de *nações* em que se dividiam os estudantes. Estes grupos eram o dos *ultramontanos*, que comprehendia dezoito nações, e o dos *citramontanos*, que contava dezesete. A Universidade representava-se em juizo por um syndico eleito annua mente e tinha um pessoal administrativo composto de um notario, um maceiro, dois bedéis e dois taxadores, — estes ultimos encarregados do fixar o preço dos alojamentos dos estudantes. As eleições, inclusive a do reitor, faziam-se todas annualmente.

Os professores, por ocasião da nomeação e depois della uma vez por anno deviam jurar obediencia ao reitor e aos estatutos e estavam sujeitos a suspensões e penas pecuniarias. Os estudantes juravam tambem todos os annos obediencia ao reitor. Os de nacionalidade estrangeira (*advenoe forenses*) gozavam de todos os direitos dos cidadãos bolonheses e a mesma regalia era concedida aos mestres. Um outro privilegio de que gozavam mestres e estudantes era o de serem indemnizados, pela cidade, dos roubos de que fossem victimas, dado o caso do que o criminoso não podesse por si effectuar a indemnisação.

A principio leccionou-se em Bolonha apenas a sciencia juridica 5 mais tarde, porém, estabeleceram-se cadeiras de grammatica, de medicina, de theologia e de artes liberaes. Os cursos do direito dividiam-se em ordinarios e extraordinarios, conforme a materia sobre que versavam: nos ordinarios leccionava-se o direito romano; nos extraordinarios o canonico. Para os primeiros serviam de textos o Digesto e oCodigo; para os segundos o *Decretum*, e as *Decretaes*. A obtenção do gráo de *doutor* em direito civil ou romano só podia ter logar depois de 8 annos de estudos, e a do gráo de doutor em direito canonico da Universidade, por ocasião de tomarem posse dos seus Cargos — o que é altamente significativo da autoridade não só espiritual como temporal de que era depositaria a celebre instituição. E o interessante é que tal autoridade não repousava sobre elementos de fortuna ou recursos pecuniarios, porquanto a universidade era pobre: reunia-se a mór parte das vezes n'um claustro por não possuir uma casa propria onde funccionasse.

As aulas abriam-se pela manhã com as prelecções dos professores; ao meio dia começavam as controversias e discussões, que eram seguidas de novas lições ou dissertações e por fim de repetições.

Poderíamos encher grande numero de paginas entrando em outros detalhes e sobretudo narrando factos e anedoctas da vida escolar

nos dois grandes centros universitarios de Bolonha e Paris; mas nenhuma importancia real teria isso para o resultado a que queremos chegar e que se resume na determinação do papel das Universidades na propagação e desenvolvimento do direito, especialmente do romano, no ultimo periodo da Edade-Media. Basta accrescentar que o retumbante successo das universidades de Bolonha e Paris provocou, pelos tempos adeante, a criação de escolas congeneres em todos os principaes paizes da Europa. A Italia, além da de Bolonha, teve as de Sienna, Perusa, Padua, Parma, Pisa, Ferrara, e Roma; a França, afora a de Paris, possuiu as de Montpellier, Orleans, Toulouse, Valence e Bourges; a Allemanha as de Praga, Vienna, Heidelberg, Rostock, Greifswald, Tubingen, Wittenberg e Francfort; a Hespanha as de Salamanca o Alcalá; Portugal a de Lisboa, depois transferida para Coimbra. E todos esses institutos de instrucção superior, filiaram-se, com pequenas modificações, aos typos fundamentaes das escolas do Bolonha e Paris, obedecendo aos mesmos intuitos e talvez aos mesmos methodos.

Na epocha em que se deu a transição das Escolas das *sete artes* para as Universidades o regimen catholico-feudal tocava ao seu apogeu e entretanto já numerosos elementos de dissolução ameaçavam-lhe o complicado organismo: os monarchas procuravam injectar sangue novo na instituição da realleza de modo a dar-lhe força bastante para lutar com a Igreja, na recomposição dos seus reinos e na unificação de suas nacionalidades sob a acção do braço secular ou civil: as cidades e communes agiam ao mesmo tempo ora contra a Igreja ora contra o Estado na conquista de suas liberdades e franquias; por outro lado o elemento culto da media edade voltava-se para a cultura classica ou greco-romana, preparando o advento da Renascença, em meio ás agitações religiosas que preludiavam as lutas da Reforma. No fundo de tudo isso, em meio a esse concerto de instrumentos diversos, a nota predominante era a da volta ao passado, a do reatamento do fio latino, cortado pela invasão germanica e pela situação social della decorrente. Ao

passo que os homens de letras desenterravam os palimpsestos para estudar e commentar a antiguidade classica, especialmente a civilização romana; os homens de estado viam com olhos sympathicos, atravez dos velhos documentos e da competente exegése, uma ordem de cousas que lhes convinha, restabelecer, a qual nem mais nem menos era a organização politico-social da Roma imperial e centralista.¹ Dada tal situação e tal estado dos espiritos, o resurgimento do Direito Romano era uma cousa fatal. Foi desse vultuoso e fecundo acontecimento que as Universidades se fizeram vehiculo, por iniciativa da do Bolonha, que se fascinara antes de todas pelo saber e pela palavra de Irnerius.

Irnerius, Warnérius ou Guarnérius, grammatico notavel de Bolonha, foi, com effeito o iniciador do estupendo movimento de revivescencia e reabilitação do direito justiniano. Ou fosse pelo desejo de achar no texto das Pandectas (cujo manuscripto, segundo a legenda, foi descoberto em Amalfi, e offerecido a Pisa pelo rei Lothario II) a significação da palavra as,² ou fosse com o intuito de ser agradável á bella condessa Mathilde (*Vid* Fiorentini: *Memorie della gran contessa Matilde*); o certo é que o belletrista bolonhez entregou-se com ardor ao estudo e interpretação do direito romano e terminou por instituir na universidade de sua terra o ensino daquelle Direito com o exito mais completo e sensacional que se possa imaginar. Cercado de centenaes de discipulos que de todas as partes da Europa corriam a ouvil-o, Irnerius fez fortuna e fez escola na Italia, ao tempo em que Abailard, na universidade de Paris,

¹ Cabe aqui um expressivo trecho de Esmein: — “Na compilação de Justiniano os lojistas achavam a imagem de uma monarchia absoluta e administrativa, da qual a liberdade estava ausente, mas de onde estavam igualmente banidas as violencias e a grosseiria da sociedade feudal; onde reinavam a ordem e a justiça e onde a noção de Estado estava plenamente desenvolvida com todas as suas consequencias. Elles achavam nella a plena soberania na pessoa do Imperador, que era o unico a fazer a lei pela qual commandava todos, lançando exclusivamente os impostos sobre todos os subditos do imperio, exercendo só o direito de distribuir a justiça por si mesmo ou por magistrados, dominando enfim até a Egreja, apesar dos grandes privilegios que esta tinha já obtido.”

² Não ignoramos que a data em que se acredita ter Irnerius iniciado suas lições de Direito romano é anterior á do saque de Amalfi; mas sendo cousa geralmente posta em duvida a legenda relativa ao achado das Pandectas e ao offerecimento do manuscripto, feito á Pisa por Lothario, julgamo-nos autorizados a suppor que o professor bolonhez não precisou de esperar pelo saque de Amalfi para conhecer a obra capital do *Corpus Juris Civilis*.

derramava as torrentes de sua erudição e de seu prodigioso talento sobre as questões philosophicas e theologicas que no momento assediavam as intelligencias.

A partir dahi o Direito romano, rejuvenescido como sciencia, ia solidificar-se na consciencia geral como lei, como legislação substitutiva do Direito commum e como rival do Direito Canonico.

Dissemos ha pouco que Irnerius fez escola. É conhecidissima com effeito a *escola dos glossadores*, que durante 150 annos, a partir do fundador até o epigono Odofredus, varejou de alto a baixo o edificio do Direito romano, servindo-se das *glossa*, das *summa*, dos *apparatus*, dos *casus*, dos *brocarda*, das *quoestiones* e das *ordines judiciorum*, para expor, interpretar, commentar, divulgar e adaptar ás necessidades da epocha a legislação do povo-rei¹.

Quatro foram os discipulos immediatos de Irnerius: Bulgarus, Martinus, Hugo e Jacobus, a respeito dos quaes diz a tradição que o proprio mestre exprimia-se deste modo: Bulgarus, os *aureum*, Martinus, *copia legum*, Hugo, *mens legum*, Jacobus, *id quod ego*. D'entre os muitos discipulos posteriores um, porém, foi o que ficou como symbolizando os processos e os intuitos dos glossadores: — foi Accursio, o autor da *Glossa Ordinaria*, compilação ou codificação dos trabalhos de seus antecessores, que foi considerada uma especie de commentario perpetuo do *Corpus Juris Civilis* e que durante os seculos XIII e XIV obteve a maior voga. Todavia da segunda metade do seculo XIV em deante a Glossa entrou em uma phase de declinio com Bartolo e os seus discipulos, que introduziram no estudo do direito os methodos e vicios da dialectica medieval, reduzindo

¹ A palavra *glossa* ou *glosa* ou *glosatura* tem varios significados mas em regra quer dizer *interpretação*. *Glossa* eram as anotações feitas a uma palavra ou a uma phrase á margem do manuscripto ou mesmo entre as linhas delle; dividiam-se, por isso mesmo, em *marginæ* e *interlineares*. *Summa* eram apanhados geraes sobre o conteúdo de titulos inteiros do *Corpus Juris*; *apparatus* eram glossas trabalhadas em forma de commentarios; *casus* eram collecções de especies simuladas ás quaes eram applicadas as leis romanas; *brocarda*, *brocardi* ou *brocardica* eram collecções de adagios de direito; *ordines judiciorum* eram tratados sobre processo.

todas as questões a mero jogo de palavras e a exercicios de logica arguciosa e subtil, de accordo com a seguinte legenda:

Proemitto, scindo, summo, casumque figuro

Perlego, do causas, connoto et objicio.

Esta decadencia, porem, não podia mais affectar o Direito romano, que já então se alastrava, pujante e dominador, pela quasi totalidade da Europa. De Bolonha passou elle successivamente e concurrentemente com o Direito canonico, para as cathedras de todas as outras escolas e universidades da Italia, penetrando em seguida na França cujas universidades de Montpellier, de Paris, de Orleans, de Toulouse, além de outras, o acolheram e propagaram. Nestas escolas da França foi tal o incremento tomado pelo romanismo que os doutores e autoridades da Egreja sobresaltaram-se com o seu ascendente, o que determinou o papa Honorio III a expedir uma Decretal famosa (denominada *Super specula* e publicada em 1219) prohibindo aos clerigos o estudo da legislação de Justiniano e banindo o seu ensino da Universidade de Paris. Apezar disso ou por isso mesmo o Direito romano introduziu-se nas universidades da peninsula iberica, e afinal penetrou na Allemanha, conquistando a principio as universidades, conseguindo depois para os romanistas as prerogativas da nobreza e obtendo por ultimo, em 1495, ser oficialmente recebido na patria do germanismo por acto expresso e solemne da Diéta de Worms.

Este estupendo movimento de renascimento, de expansão e de recepção adopção final do Direito Romano é considerado pelo grande Vou Ihering como “um dos phenomenos mais maravilhosos da historia, um dos triumphos mais raros da força intellectual entregue a si proprio.” E o profundo jurista tedesco explica-o pela predominancia do moderno espirito de *universalidade* sobre o character de *nacionalidade* do direito antigo. São ainda do eminente professor de Goettingen as seguintes palavras: “Tres vezes Roma dictou leis ao mundo; tres vezes serviu de

traço de união entre os povos: pela unidade do *Estado* a principio, quando o povo romano estava ainda na plenitude de seu poder; pela unidade da *Egreja* em seguida, depois da queda do Imperio romano, e á terceira vez, emfim, pela unidade do *Direito*, em seguida á recepção do direito romano na idade-media."

Pode-se por ahi avaliar a importancia do papel que representaram as Universidades e o direito romano no complicado canevas politico-juridico do periodo medieval.

§

A obra dos legistas: Os costumeiros. — As correntes juridicas que regaram o solo moral da idade-media não emanaram só das fontes germanica, canonica e romana, consideradas separadamente, na sua pureza originaria. Um outro veio, de aguas menos limpidas, especie de braço derivado de uma das grandes correntes e destinado a communicar-las entre si, esprou-se pela Europa trazendo sua contribuição de fertilidade á terra do Direito. Queremos referir-nos ao direito costumeiro e ás suas principaes manifestações.

O advento do feudalismo, já o dissemos, acarretara a substituição do regimen da personalidade, vigente sob a monarchia franca, pelo da territorialidade das leis. Quer isso dizer que as *leges* primitivas e o proprio direito das *capitulares* foram-se pouco a pouco transformando em *costumes territoriaes*.¹ Esse phenomeno accentuou-se principalmente do seculo XI por diante, sendo que já no fim desse seculo podia ser elle observado ou constatado do norte ao sul da Europa occidental. Os primeiros costumes, mais ou menos mesclados de direito canonico e de direito romano apresentaram-se, segundo Esmein, com dois

¹ Uns autores attribuem aos *costumes* uma origem celtica (na França pelo menos); outros encontram-lhes o berço nos primordios do feudalismo, emfim outros fazem-n'os decorrer do antigo direito germanico. Esta ultima opinião é a mais communmente seguida. Os elementos constitutivos do direito costumeiro foram as *leges barbarorum* cahidas em desuso como direito escripto e reduzidas a um direito não escripto que novos usos vieram modificar e completar.

caracteres principaes: eram strictamente locais, não se applicando senão a um lugar estreitamente limitado, e mantiveram-se por muito tempo fluctuantes, sem fornecer regra fixa para a distribuição da justiça. Não tardou muito, porém, o direito costumeiro a fixar-se nitidamente na pratica juridica, tomando lugar notavel ao lado das legislações canonica e romana, como succedaneo do direito germanico. Um facto que, a primeira vista, parece que deveria produzir effeito contrario veio dar um alto relevo historico ao direito costumeiro. Alludimos ao renascimento do Direito romano, á propagação deste no sul da França e á conhecida divisão desta em *países de direito escripto* e *países de costumes*.

A França meridional, onde os costumes tinham uma base toda romana, estava por isso mesmo apta para a constituição dos *dos países de direito escripto*; assim quando o direito justiniano rejuvenescido transpoz-lhe as fronteiras, ella não sentiu difficuldade em dar-lhe força de lei viva. Foi, diz um autor, como um país que tendo perdido os seus codigos e havendo vivido durante alguns seculos só com a recordação delles, os tivesse um bello dia encontrado. No sul da França, portanto, o direito costumeiro recuou deante do romano, ou melhor deixou-se muito cedo absorver por elle. Outrotanto não se deu na França septentrional e central: ahi o direito romano não foi recebido na qualidade de lei escripta e positiva, e os costumes territoriaes mantiveram-se firmemente, infiltrados, apenas, aqui ou ali, pelos principios e regras da legislação romana. A essa região pertencem os *países de costumes*.

Estabelecida de facto a divisão a que acabamos de referir-nos — divisão que foi oficialmente reconhecida em França desde o seculo XIII, a situação juridica das duas regiões ficou sendo esta: O direito commum e geral nas *países de direito escripto* será o contido no *Corpus Juris Civilis*, — o que entretanto não quer dizer que as leis romanas não cedessem algumas vezes a um costume territorial regulador de uma especie dada; nos *países de costumes*, ao contrario, o direito commum e geral era o costumeiro, o que não impedia tambem que o direito romano

fosse applicado nas duas hypotheses seguintes: 1º como direito subsidiario no caso de silencio ou lacuna do costume; 2º como direito precipuo, derogador do costumeiro, em materia de contractos e obrigações.

A historia do Direito costumeiro francez tem duas phases capitaes; na primeira dellas os costumes apparecem desnudos de qualquer sancção official, sem outro modo de fixação além do uso; na segunda apresentam-se fixados por escripto, em redacções parciaes, mandadas fazer pela autoridade publica e por ella approvadas e promulgadas. Este trabalho de redacção Official dos costumes começou regularmente no seculo XV, sob Carlos VII, que para conseguil-o baixou a Ordenança do Montils-lés-Tours, e estendeu-se pelos seculos seguintes, havendo casos de redacção até no seculo XVIII.

Fallando dessa fixação dos costumes pela escripta, Esmein observa o seguinte: "Si os costumes se tornaram lei escripta nem por isso se deve crer que elles passaram a ser verdadeiros codigos, comprehensivos e completos. Elles continham muito poucas regras sobre direito criminal e sobre processo, e quanto ao direito privado e feudal não encerravam senão um certo numero de instituições francamente regulamentadas."

De resto o largo periodo em que se realisou a redacção dos costumes territoriaes não foi o mais brilhante da epocha juridica caracterisada pelo direito costumeiro; é no periodo anterior, dos seculos XIII a XV, que nós vamos encontrar os numerosos e importantes documentos que nos podem servir de fontes para o estudo e apreciação regulares do direito em questão. Taes documentos são os *costumeiros* e os *livros de pratica* — obras de legistas, muitos delles notaveis como Fontaines, Beaumanoir e Bouteiller, destinadas a facilitar o conhecimento dos usos locaes e mesmo do direito geral ou *commun* dos paizes de costumes.

Reconhecendo a necessidade de registrar e compendiar os institutos juridicos apenas consagrados pelo uso, legistas e jurisconsultos, advogados e juizes, alguns exercendo altos cargos da administração publica, encetaram e levaram a termo uma série notavel de trabalhos, desde *costumeiros* propriamente taes até *collecções de julgamentos e sentenças e compilações de proverbios e maximas juridicas*. Occuparmos-nos apenas dos *costumeiros*, porque são elles que caracterizam o periodo a que nos reportamos. Diremos primeiramente algo de sua natureza e espirito e daremos depois ligeira noticia de alguns dos principaes.

“Entende-se por *Costumeiro*, diz Esmein, uma obra privada (isto é, sem caracter official) na qual um particular reuniu as disposições de um ou de varios costumes.” Ginoulhiac define assim os *costumeiros*: “São obras compostas por praticos nas quaes foram recolhidos os usos de cada provincia relativos ao direito civil e criminal e algumas regras de direito publico, de modo a abraçar, em uma ordem mais ou menos methodica, o direito em vigor no seu conjuncto.”

Já daqui se vê a superioridade dessas obras ou dessas redacções particulares de costumes sobre as redacções officiaes iniciadas no seculo XV: estas limitaram-se a fixar pela escripta os costumes de tal ou qual localidade; aquellas foram mais longe, copiando as instituições creadas e mantidas pelo uso em certas circumscripções do paiz, no intuito de expor e divulgar o direito costumeiro commum. A necessidade de pôr o direito em relação com o desenvolvimento social, e mais a de oppor um direito nacional, determinado, materializado na escripta, e por isso mesmo mais capaz de resistir ás invasões do Direito romano, para que não houvesse absorpção completa neste ultimo; taes foram, affirma o douto professor de Toulouse, as causas geraes que fizeram nascer pouco a pouco, por toda a parte, na Europa civilisada, obras juridicas do mesmo character, semelhantes fundamentalmente ao direito germanico então

reduzido á condição de costume, mas tendo conservado a feição nacional de origem.

Acabamos de dizer que o movimento de redacção ou composição dos costumeiros foi geral e não restricto a um só paiz. E' esta effectivamente a verdade; si neste assumpto a França pode servir de base mais larga á caracterisação do direito costumeiro *ex vi* da constituição dos paizes de costumes em face dos de direito escripto ou romano, não quer isso dizer que se não constate a existencia dos costumes territoriaes e de *costumeiros* em quasi toda a Europa occidental. Na Inglaterra, sob a dominação normanda, surgiram, do seculo XI ao XIII, livros de costumes taes como o das *Leis e costumes do rei Guilkerne*, o *Tratatus de legibus et consuetudinibus regni Anglioe*, de Glanvilla, o *De legibus et consuetudinibus regni Anglioe*, de Bracton, o de Britton, redigido em francez sob o reinado de Eduardo I, etc. A Allemanha, por sua vez, teve, ao mesmo tempo que a França, seus *costumeiros* (*Rechtsbücher*) e livros de pratica. A este respeito, depois de ter notado as modificações trazidas pelo feudalismo ao velho direito allemão, escreve E. Glasson, o notavel jurista francez que prefaciou a obra de Von Schulte: "...Dahi uma multidão confusa de estatutos e de costumes que assemelham-se mais a contractos passados entre associados do que a verdadeiras leis escriptas ou não escriptas. Resultou disso uma confusão tal que os esforços communs dos homens da lei e dos que governavam as cidades tenderam a dar uma certa harmonia e uma unidade relativa a essa variedade de costumes, — de onde os costumeiros e os livros de pratica estes quasi todos consagrados ao processo." A mesma cousa aconteceu por toda parte onde penetrou o regimen feudal, o que vale dizer: por quasi toda a Europa. Voltemos, porém, nos costumeiros francezes. Já deixámos indicados o seu character e o seu espirito; mas ha nelles ainda uma feição a salientar, importante mais do que todas, ao nosso ver.

Os *coutumiers* são os recipientes, ou depositos juridicos dos varios elementos que formaram a trama do direito durante a Edade-

Media. Nelles se fez o trabalho de fusão e de elaboração de onde devia sahir o direito nacional francez e deste, por intermedio do *Code Civil*, o direito civil moderno. Ginoulhiac assignalou o facto nestes dois periodos: "Não são só os usos ou o commum costume do paiz que formam o fundo dos costumeiros; elles se compõem tambem de direito canonico e sobretudo de direito romano, em maior ou menor parte"... "Não são só o direito germanico e o direito romano, o direito feudal e o canonico, que se encontram nelles; é o direito francez no seu desabrochar."

Este facto basta para dar uma idéa do valor dos trabalhos a que se entregaram Fontaines, Beaumanoir e outros. Passemos em revista alguns dos referidos trabalhos, visando sempre os mais notaveis.

Le Conseil de de Fontaines (Conseil a un ami, de Pierre de Fontaines). — E' o mais antigo costumeiro francez transmittido integralmente até nós. Como o titulo da obra parece indicar, acredita-se geralmente que ella foi redigida por solicitações de um grande senhor, — S. Luiz talvez, porque seu autor pertenceu a um Conselho desse rei. De Fontaines propoz-se a descrever os costumes do Vermandois e a pratica dos tribunaes seculares; mas na realidade o que elle fez foi uma paraphrase, senão traducção litteral do texto do codex de Justiniano. A data provavel do *Conseil a un ami* deve ser collocada entre 1254 e 1258.

Les Etablissements de Saint Louis. — Por muito tempo ignorou-se a origem e discutiu-se sobre a natureza deste Costumeiro. Montesquieu, em face d'elle, exclamava: "O que é este codigo obscuro, confuso e ambiguo, onde se misturam incessantemente a Jurisprudencia franceza e a lei romana, onde se falla como um legislador e sente-se um jurisconsulto, onde se acha um corpo inteiro de jurisprudencia sobre todos os casos e pontos do direito civil? Realmente o titulo do livro e o facto de conter elle uma *ordenança* authentica de S. Luiz, na qual se preservia o duelo, fizeram crer durante um largo periodo que os *Estabelecimentos* eram uma obra legislativa do rei Luiz, o Santo, um codigo de leis

confeccionado por este principe. O citado Montesquieu duvidava disso, e hoje, depois dos trabalhos de Paul Viollet, a duvida do autor do *Espirito das Leis* está confirmada, pois parece averiguado que o autor da obra foi um official do rei, que a escreveu pouco antes de 1272, em caracter particular. *Les Etablissements* são, por consequencia, um verdadeiro costumeiro. Seu redactor abeberou-se nas fontes dos direitos romano e canonico e principalmente dos usos de Paris e Orleans. Eis a respeito um texto expressivo da obra: "Cy commeneent *l'Etablissement*, le roy de France, selone l'usage de Paris et d'Orliens, et de Touraine et d'Anjou, et de l'office de chevalerie et de court de baron..." D'entre os costumeiros este é aliás o que encerra maior numero de detalhes sobre o regimen feudal e o direito dos senhores no seculo XIII e sobre o direito civil e o processo.

Li livres de jostice et de plet. — Este trabalho, de autor desconhecido tambem, é attribuido a um estudante da Universidade de Orleans, e, conforme a opinião de seu primitivo editor, não passa de uma especie de apostillas do escolar orleanez a que se confere a autoria do livro. Esta opinião é por muitos combatida e a generalidade dos escriptores considera *Li livres de jostice et de plet* como um costumeiro, embora inferior aos outros sob o ponto do vista doutrinal e pratico. Quanto ao seu conteúdo diz Ginoulhiac: "On reconnait aisément qu'il se compose de droit romain et de droit canonique traduits, *on pourroit presque dire travestis*, de droit contumier, d'establisements ou d'ordonnances du roi, de jugements de la cour." A isto accrescenta Esmein: "O direito costumeiro que elle expõe é originalissimo e opresenta um caracter archaico muito pronunciado". Do mesmo modo que o autor é desconhecida a data do costumeiro em questão, sendo porém muito provavel que elle tivesse apparecido na segunda metade do seculo XIII.

Coutumes de Beauvoisis. — O tratado de direito costumeiro, escripto em 1283 e assim intitulado teve como autor Felipe de Beaumanoir, distincto poeta e jurisconsulto. E' um dos mais notaveis

trabalhos do século XIII, no seu genero, porque seu autor não se limitou, como a mór parte dos outros, a amalgamar as fontes costumeiras, romanas e canonicas: ao contrario, compoz um livro "absolutamente pessoal e original" na opinião do Esmein. Demais os *Costumes de Beauvoisis* foram um dos costumeiros, e talvez o primeiro, que estenderam o campo de acção desses livros ao direito geral e commum dos paizes de costumes, abandonando as estreitezas de um costume local. E' o que confirma Ginoulhiac quando assevera o seguinte: "A obra de Beaumanoir não é somente, como seu titulo indica, uma collecção dos usos de Beauvoisis; é um costumeiro, na qual estão reunidos a um tempo os usos dessa provincia e o direito commum ou o costume dos paizes costumeiros do norte da França."

Grand Coutumier de Normandie. — Este costumeiro não tem autor sabido mas pode-se fixar-lhe o apparecimento de 1270 a 1275. Seu autor deve ter sido um homem de espirito superior e culto, pois são notabilissimos a clareza e o methodo de sua exposição. O *Grande Coutumier* foi provavelmente escripto em latim, mas ha d'elle uma versão franceza feita na epocha em que é collocado o seu apparecimento, o que tem dado logar a duvidas sobre o idioma em que elle foi primitivamente redigido. Como quer que seja, o *Grand Costumeiro da Normandia* contem os costumes que até fins do século XIII vigoravam nas ilhas anglo-normandas, e obteve, logo depois de sua publicação, uma voga extraordinaria. Diz um autor a proposito disso que os tribunaes referiram-se a elle por muito tempo como a um texto official.

Somme Rural. — O autor desta obra foi Jean Bouteiller ou Boutillier, que viveu na segunda metade do século XIV o falleceu em 1395, tendo occupado cargos importantes como o de baillio e de conselheiro do rei. João Bouteiller era um regalista ardente, um fervoroso advogado da realza disposto a fortalecer-lhe o edificio com o cimento do direito romano. Por este motivo o que elle procurou com a sua *Summa Rural* foi "expor em lingua franceza, em termos intelligiveis para todos, as

regras do direito romano na medida em que ellas eram recebidas pela jurisprudencia dos tribunaes seculares, e indicar, ao mesmo tempo, as principaes, divergencias dos costumes". Em todo caso, e apesar do seu romanismo, a obra de Bouteiller é um costumeiro apreciavel, pois além do direito romano, não só ditado mas traduzido, e das decisões proferidas pelos tribunaes dos logares onde o autor exercera jurisdição, ella contem os costumes de muitas localidades do norte da França.

Grande Coutumier de France (Coutumier de Charles VI). — O costumeiro deste nome é antes de tudo um tratado de direito pratico que se suppõe escripto sob o reinado de Carlos VI (1380-1422). Não se lhe conhece o autor e é muito provavel que elle fosse o resultado de um trabalho colectivo; passa porém como producção de Jacques d'Ableiges, persounagem notavel que viveu no ultimo terço do seculo XIV. De quatro livros compõe-se o costumeiro de Carlos VI: o primeiro contem uma parte referente á organização judiciaria e em seguida uma serie de ordenanças do rei de França; o segundo é consagrado ao direito civil e trata da justiça, do direito, do costume, dos usos, do estylo, etc.; o terceiro e o quarto referem-se ao processo.

Podiamos levar muito longe esta enumeração dos costumeiros, fallando ainda do *Livre de Guido*, do *Livre de la reyne Blanche*, dos *Anciens usages d'Artois*, dos *Costumes du Châtelet*, dos *Anciens usages d'Aujou*, da *Très ancienne contume de Bretagne*, etc. E mais longe iriamos si quizessemos juntar a essa lista os livros de pratica (collecções de julgados e de maximas juridicas) que se succederam aos costumeiros. Mas não ha necessidade disso para que tenhamos conseguido o nosso fim: — demonstrar a importancia do direito costumeiro e de suas manifestações no momento em que o Direito romano renascia e reconquistava a Europa, ora ajudado ora combatido pelo direito canonico. Foi nesse momento que a alma do direito germanico, transfundida nos costumes territoriaes, oppoz-se tenazmente aos dois adversarios, não

capitulando afinal, senão com a condição de ter fóros de cidadã na capital juridica dos assaltantes.

Consequentemente fazemos ponto aqui, accrescentando entre tanto uma dupla observação que se faz necessaria:

1º — Não fizemos referencia especial aos costumeiros allemães, porque delles (o *Sachsenspiegel* e o *Schwabenspiegel*: espelho de Saxe, espelho do Suabia) já dissemos o bastante quando estudámos o direito da epocha francesa;

2º — Nada dissemos neste capitulo e no anterior sobre o direito municipal, estatuario ou *foraleiro*, das cidades e villas da Europa medieval, porque si é verdade que o movimento de libertação das communas tem uma alta significação social e politica; não é menos verdade que juridicamente o seu alcance foi quasi nullo. As cartas, os estatutos, os *foraes*, modificaram quasi sempre o direito publico das cidades ou villas, mas nunca lhes alteraram o direito privado anterior, mais ou menos canonico e romano, feudal e costumeiro.

XIII

Individuação universalista do Direito após a dissolução do Feudalismo.

§

O trabalho de fusão dos direitos romano, germanico e canonico, começado no seculo XII com o resurgimento do primeiro e sob o ascendente deste, não ficou inteiramente realizado dentro do periodo medieval e nem as condições sociaes e politicas da epocha permittiam effectual-o cabal e definitivamente.

Dissolvido o regimen catholico-feudal, a immixtação das tres grandes correntes juridicas foi se fazendo progressiva mas lentamente atravez de todos os grandes acontecimentos que prepararam o mundo moderno: a reconstituição das grandes nacionalidades, submettidas ao poder real, a Renascença, a Reforma, o movimento philosophico do seculo XVIII, e o corollario natural deste: a revolução franceza.

A reconstrucção ou recomposição dos grandes estados, ou antes a reconstituição do poder real effectivo e soberano sobre os destroços da realeza feudal simplesmente honoraria, trouxe um direito novo representado pelas *constitutiones principum*, divididas em ordenanças, edictos, rescriptos, cartas patentes, etc. e pelos *arestos regulamentares* dos parlamentos. A tendencia de tal legislação, toda insufflada pelo espirito do romanismo era a da unificação juridica, ao mesmo tempo como causa e effeito da unificação politica. E essa tendencia de unificação era já um symptoma dos trabalhos de codificação que iam ser effectuados na Europa continental e especialmente na França. Da luta travada na edade media entre os varios elementos sociaes e politicos que disputavam a proeminencia espiritual e temporal, havia sahido um estado de cousas que fatalmente daria á França a precedencia nessa faina de codificação.

A este proposito convem recordar as seguintes palavras de Ernest Glassou: "No ponto de vista da politica interior de cada paiz, a edade media resume-se em uma luta entre a nação, a egreja, a monarchia e a feudalidade. Estas quatro forças estiveram em um permanente estado de conflicto com o fim de obter a supremacia, combatendo já isoladamente já alliadas umas as outras. A luta terminou-se: na Inglaterra pelo estabelecimento de uma monarchia limitada que deixou nas mãos da nação a porção maior de governo; em França pela consolidação de uma monarchia absoluta até 1789; na Allemanha foi a feudalidade que triumphou e pouco a pouco reduziu o imperador a um verdadeiro estado de impotencia."

Abstrahindo da Inglaterra, cuja situação especial, politica e juridica, subtrahiu-a ás influencias geralmente dominantes no continente¹ a tendencia codificadora cedo surgiu não só na França fortemente centralisada como na Allemanha retalhada em grande numero de estados independentes.

Em França, começou o movimento de unificação, base do de codificação, com a redacção dos costumes e com a adopção do Direito romano como subsidiario do costumeiro, — movimento de que nos occupámos no capitulo anterior. As ordenanças reaes vieram em seguida collaborar na grande tarefa. Sabe-se que as de Luiz XIV são verdadeiros codigos sobre o processo civil e criminal, e sobre o direito commercial terrestre e maritimo. Na Allemanha, a partir do seculo XIII a tendencia geral da jurisprudencia allemã (diz o citado Glasson) foi no sentido de estabelecer a harmonia e unidade na multidão confusa dos estatutos e dos costumes. O direito romano continua a obra de unificação a um tempo como lei e como sciencia; como lei dando aos differentes costumes regras communs, como sciencia saturando os jurisconsultos do mesmo espirito. Dentro em pouco a reforma dos costumes dá a cada cidade seu codigo; depois veem os de certos paizes sob a denominação do *Landrecht*: o codigo de Wurtemberg (1555) o da Baviera (1616) a *constituição* do eleitor de Saxe (1592) e o *Landrecht* prussiano (1794).

Este movimento curiosissimo, especie de reacção necessaria, consciente ou inconsciente, contra a dispersão feudal; irradiou-se pelas outras regiões do continente europeu, mesmo as mais afastadas do fóco

¹ Sobre o pretenso indigenismo absoluto do direito inglez é conveniente ouvir a opinião de Sumner Maine, emittida nos seguintes termos: "A opinião vulgar de que o costume inglez seria inteiramente indigena tem sido sempre tão facilmente refutada pela comparação a mais superficial dos textos de Bracton e do Fleta (*The Fleet*) com o *Corpus Juris* que em favor da boa fé dos historiadores que a sustentam está-se hoje reduzido a allegar a violencia dos seus prejuizos. Presentemente sobretudo que a accumulção dos fragmentos das collecções ante-justinianeas e a descoberta do manuscripto de Gaius augmentaram nosso conhacimento do Direito romano, sob a forma que elle poude ter no momento em que penetrou na Bretanha, a hypothese de uma filiação parcial, ao menos na origem, muda-se quasi em certeza."

romanista. Assim é que a Russia teve o Código de Catharina II em 1770, e a Suecia, a Noruega e a Dinamarca confeccionaram quasi ao mesmo tempo as suas primeiras compilações de leis. Na península iberica o *Código das Sete Partidas* e as *Ordenanças* portuguezas de D. Affonso, D. Manoel e D. Felipe II obedeceram á tendencia da epocha. Quanto á Italia, si somente mais tarde, em principios do nosso seculo, tomou ella parte no movimento, é que, impregnada do direito romano, tinha no proprio espirito deste o elemento de unificação que os outros paizes procuravam nas compilações e codificações. Embora emaranhada em uma formidavel rede de fontes juridicas como fossem as leis longobardas e romanas, as constituições e os capitulos do reino, as pragmaticas, os privilegios, os costumes geraes e locaes, o direito canonico, etc, a Italia não precisou de mover-se durante a idade media no sentido indicado, porque, como se verifica de um trecho de Silverio de Cillis, "a tendencia manifestada na sciencia e no fôro foi de *coordenar sempre mais cada complexo de leis aos principios do saber antigo*."

E a verdade desta nossa apreciação sobre a situação juridica da Italia evidencia-se flagrantemente quando se attenta n'uma circumstancia capital neste assumpto, que é esta: — a tendencia para a unificação e codificação juridicas foi determinada pelo ascendente do Direito romano sobre os outros direitos vigentes no decurso do periodo medieval. A dissolução do regimen feudal foi feita, em grande parte pelo Direito romano, em favor da reconstituição do poder real e das grandes monarchias; estas, em compensação e também por interesse proprio, foram levadas a fazer a unificação e a codificação das legislações em proveito do direito romano, que conseguira primar senão absorver todos os direitos rivaes.

Mas a plena e definitiva realização da tendencia codificadora, isto é, condensadora de todas as forças ou elementos juridicos mais ou menos fusionados do seculo XII em diante, só veio a dar-se no começo do cadente seculo com a confecção do *Code Civil* ou *Código Napoleão*.

No meio da grande crise politica e social que rebentou na França em fins do seculo passado e que derrocou o regimen da monarchia absoluta, lançando os fundamentas do direito publico moderno e da civilisação actual, a Assembléa Constituinte não se esqueceu de prometter aos francezes a confecção de um Codigo Civil commum a todo o paiz. Coube a Convenção encetar os trabalhos nesse sentido, sobre a poderosa iniciativa de Cambacérès; mas foi o consulado que teve afinal a gloria de transformar em realidade a brilhante promessa da Constituinte. Por um Decreto de 24 Thermidor, anno VIII, foi nomeada uma commissão incumbida de “comparar a ordem seguida na redacção dos projectos de codigo civil publicados até então, determinar o plano que lhe parecesse mais conveniente e discutir em seguida as principaes bases da legislação em materia civil.” Os jurisconsultos designados para essa commissão foram: Trouchet, presidente da Côte de Cassação, Portalis, Bigot de Preameneu e Maleville. Em pluviôse do anno IX estava prompto o trabalho da commissão, que depois de submettido á discussão e approvação da Côte de Cassação, das cortes de appellação e do Conselho de Estado, foi por fim promulgado pela lei de 30 ventôse do anno XII sob o titulo de *Code Civil des Français*.

Apreciando o conteúdo deste notavel corpo de leis, escreveu Ginoulhiac:

“Sob a influencia das idéas menos absolutas, menos exclusivas, que tinham curso então na sociedade e que tendiam cada dia mais a ligar o presente ao passado, a reatar a cadeia interrompida por um momento das gerações e das tradições juridicas, os redactores do Codigo Civil, differentemente de seus antecessores em materia de legislação não tiveram a intenção de repudiair a rica herança de seus paes, como elles proprios a chamaram; quizeram, sem sacrificar-os um ao outro, associar o elemento juridico novo, a fim de que communicando-se respectivamente sua propria força, dessem elles ao corpo inteiro uma energia e uma vida novas. Foi assim que depois de ter feito uma transacção entre os dois grandes ramos do direito antigo, entre o direito escripto e os costumes, e de ter conciliado suas disposições ou de tel-as modificado umas pelas outras, sem romper a unidade de systema, elles conservaram das ultimas

ordenanças tudo o que se referia á ordem essencial da sociedade, á manutenção da docencia publica, á segurança dos patrimonios e á prosperidade geral."

Mais expressivo, porem, do que Ginoulhiac é Saverio de Cillis quando diz:

"Uma triplice ordem de idéas enforma o Codigo de Napoleão:¹ — o *elemento germanico* consagrado no direito consuetudinario de muitas provincias da França, o *elemento philosophico moderno*, desenvolvido ao influxo das idéas revolucionarias, aggressivas de todos os principios de autoridade e de familia, e o *elemento romano*. Ao primeiro destes elementos correspondem as seguintes instituições: o conselho de familia, a communhão de bens entre os conjuges, o concurso do herdeiro testamentario com o necessario, a *saisine*, isto é a transferencia *ipso jure* da posse da herança aos herdeiros, independentemente da posse material dos bens, a posse animal, base da acção possessoria, e o principio que attribue o valor de titulo a posse, nas cousas moveis. Ao segundo elemento pertencem: a restricção do patrio poder, a abolição das substituições fideicommissarias e das desherdações, o casamento civil e o divorcio. Ao terceiro elemento ligam-se finalmente: as regras relativas á propriedade, ás servidões, exceptuadas as dos edificios, os legados, os contractos e as obrigações."

Deste quadro, tão singela e eloquentemente traçado pelo douto professor italiano, infere-se a rigorosa exactidão do que temos vindo affirmando sobre a synthese germano-canonical-romana, que ao impulso intellectual dos *humanistas* da Renascença e dos philosophos do seculo XVIII, andaram inconscientemente operando, por largo tempo, as sociedades europeas. Infere-se tambem, e principalmente, que foi no *Code Civil* que se realisou a fusão definitiva das alludidas correntes juridicas medievaes, de volume e de curso ja modificados pelas novas necessidades e aspirações humanas. Foi, alias, a adaptação daquelles elementos a taes necessidades e as aspirações que trouxe ao *Code Civil* a voga immensa e a preponderancia extraordinaria que lhe foram apanagio

¹ O titulo de *Codigo Napoleão*, substituido ao de *Code Civil des Français* foi decretado em 1807 pelo primeiro Bonaparte, que, aliás, tomara parte, como primeiro consul, nas discussões do Conselho do Estado por occasião de elaborar-se o Codigo. Sob a restauração foi supprimido o titulo de *Codigo Napoleão* e mandado conservar o primeiro. Ainda porem em 1852, sob o segundo imperio, foi restabelecido o titulo que consignava o nome do grande conquistador.

e que ainda hoje fazem delle o ponto de partida e o fóco de attracção de todas as legislações e legisladores.

Com effeito, não foram só as conquistas de Napoleão I que levaram por toda a parte e fizeram acceitar a grande codificação franceza; foi tambem, e talvez mais do que tudo, a intima correlação daquella obra legislativa com as tendencias e os ideaes do mundo moderno e das novas nacionalidades. O grande imperador não estendeu suas conquistas até a America e entretanto nesta parte do mundo tambem ponetrou o seu Codigo, que tem servido de modelo a quasi todos os da America do Sul, que entre nós é considerado direito subsidiario, e que na propria America do Norte influenciou fundamente o Codigo da Luiziania e os projectos de consolidação ou codificação das leis de New York.

São insuspeitos a este respeito os assertos de Sumner Maine, no seu admiravel estudo sobre *O Direito romano e a educação juridica*. Diz o eminente jurista-philosopho:

“A conquista implantou esta collecção de leis (o *Code Civil*) por toda extensão do Imperio francez e dos reinos que delle dependiam immediatamente; e é incontestavel que taes leis ahi crearam raizes com uma rapidez e uma tenacidade extraordinarias. A mais bella homenagem que se possa prestar aos codigos francezes é sua grande e duravel popularidade junto do povo, do publico profano, dos paizes em que elles foram introduzidos. Por occasião da queda do imperio dos Bonapartes em 1815, a maior parte dos governos restaurados experimentaram o mais vivo desejo de expulsar aquella jurisprudencia intrusa que se tinha substituido aos antigos costumes do paiz. Aconteceu porem que o povo a estimava como o mais precioso dos seus bens. Raramente ousou-se perseverar nas tentativas feitas para derrubal-a, e na mór parte dos casos os codigos francezes foram restabelecidos depois de um curto exilio. E não só o respeito do suas leis se confirmou em quasi todos os paizes em que tinham vigorado algum tempo, como alem disso ellas fizeram caminho em muitas outras sociedades, por vezes mesmo a despeito dos obstaculos politicos os mais formidaveis. Tão continua e tão irresistivel foi a diffusão dessa jurisprudencia romanisada, quer sob sua forma original quer sob uma forma ligeiramente alterada, que o Direito Civil de todo o continente está destinado claramente a vir absorver-se e perder-se nella.”

Tudo isto é perfeitamente exacto o claro; mas ha ahi um ponto obscuro que é preciso illuminar. Dissemos que o Direito romano contribuirá, como um dos principaes factores, para a reconstituição do poder real e das novas nacionalidades, grandes e unas, em que se transformaram os pequenos estados feudaes; accrescentámos a isso que as nacionalidades reconstituídas, como que pagaram uma divida de gratidão ao direito romano pelos serviços delles recebidos, procurando consagrar a sua supremacia sobre os outros direitos pela confecção de compilações ou codigos obedientes no espirito geral da jurisprudencia romana. Pela exposição feita sabemos que o *Code Civil* foi a expressão mais elevada desse designio, e tão eloquente e suggestiva que se impôz a maior parte da Europa e da America.

Resta agora indagar qual a cousa efficiente desse phenomeno de irradiação ou generalisação, pois evidentemente não nos basta affirmar que ella residiu na intima correllação entre as disposições do Codigo e as aspirações e necessidades sociaes do momento. Porque rasão o *Code Civil* e o espirito que o anima gozaram daquelle estupendo poder de expansão, que não teve igual em nenhum outro corpo de leis?

Respondemos, sem medo de errar: — porque a alma do direito romano vivifica-lhe o organismo e inspira-lhe desde o começo o sentimento de *universalidade jurídica* que Roma desenvolveu a par do sentimento de *universalidade politica*.

Procurando explicar o facto da recepção do direito romano pela Allemanha medieval, o glorioso Ihering foi achar essa explicação no *character de universalidade* do direito moderno, contraposto ao *character de nacionalidade* do direito antigo. Não reproduziremos as bellissimas paginas do immortal autor do *Espirito do Direito Romano* a respeito da lei de recepção e assimilação que preside tanto physica como intellectualmente no desenvolvimento dos organismos vivos; não exporemos tão pouco suas fecundas opiniões sobre o falso supposto da

escola historica quando vê ainda hoje no *principio das nacionalidades* a base unica do desenvolvimento do direito; accentuaremos apenas a these capital do grande jurista.

Sustenta Ihering que é a idéa de *universalidade* que caracteriza o periodo historico-juridico que vem desde a idade media aos nossos dias; que essa idéa é que constitue o mote de religação da era actual do direito. E no meio da larga copia de argumentos com que justifica seu modo de ver, faz notar que o direito philosophico ou *natural*, proclamando a sua theoria da generalidade do direito, independentemente do tempo e do logar, nada mais fez do que conformar-se com a direcção especial da historia moderna e formular scientificamente a comunidade e universalidade reaes do moderno direito.

Si nos fosse permittida a audacia de additar alguma cousa a um assumpto tratado pelo sabio professor do Goettingen, diriamos que si é exacto, que a idéa ou principio de universalidade explica o facto da recepção do Direito romano em um paiz de população e tradições não latinas como a Allemanha, não é menos certo que o facto da introdução e propagação do Direito romano em toda a Europa explica-se pela propria *tendencia de universalidade* immanente na jurisprudencia romana e francamente denunciada nos seus institutos do *jus gentium* e do *jus naturale*. Foi de certo *ex vi* dessa tendencia que o direito romano “tornou-se para o mundo moderno, como o christianismo, como a litteratura e arte gregas e romanas, um *elemento de civilização*, de modo a tornar romana toda a nossa educação juridica: o nosso methodo, nossa forma de intuição, etc.” Ora como o *Code Civil* era e é uma legislação *romanisada*, na expressão de Sammer Maine, nada mais natural do que aquella sua poderosa força de expansão e de universalisação.

§

De tudo que acaba de ser dito conclue-se com facilidade que uma feição geral caracteriza o direito das sociedades modernas, depois do esboroamento das instituições feudaes: a *indivduação universalista*. A' primeira vista poderá parecer que ha ahi uma *contradicto in adjecto* pois a idéa de indivduação ou individualisação contrasta com a de universalisação. O contraste existe mas não inquina de inanidade ou falsidade a formula exposta. Um todo organico pode individualisar-se e universalisar-se; a indivduação é de ordem physica, a universalisação é de ordem moral. Tambem uma das formulas geraes do progresso juridico é a passagem do homogeneo para o etherogeneo, do simples para o composto, e nem por isso a evolução respectiva deixa de fazer-se no sentido da simplificação crescente e abolição final das formas consagradas ou sacramentares.

Retomamos pois o nosso asserto e repetimos que o direito moderno apresenta um duplo caracter de indivduação e universalisação. O primeiro constata-se na tendencia geral para as codificações, quer dizer, para a *personalisação* das nações ou Estados na esphera juridica; o segundo é facilmente verificavel no espirito philosophico e cada vez mais cosmopolita dos systemas juridicos sobre que repousam os codigos. A rasão politica dá nascimento ao primeiro caracter, a rasão humana e sociologica determina o segundo.

O movimento moderno vai todo no sentido de alargar, de generalisar, de universalisar o direito; concorreram para isso, a principio, o espirito dos direitos romano e canonico (este profundamente universalista por seus intuitos) e as aspirações dos philosophos e juristas dos seculos XVII e XVIII; concorrem agora as novas necessidades sociaes, os ideaes de fraternisação internacional e humana, o espirito generalizador e social da Sciencia, a expansão commercial e industrial, etc. Mas a par disso o referido movimento vai tambem no sentido de

especialisar o direito de cada povo, de fixal-o, de demarcar-lhe as fronteiras, do condensal-o emfim, de modo a poder tornar-se possivel o seu conhecimento, por meio da escripta e da imprensa, entre todos os povos civilisados do planeta. E' esse o papel dos codigos.

Presentemente a situação juridica é a que ahi fica desenhada; a do futuro será naturalmente a continuação desta, si a lei da filiação historica é uma verdade. Quanto á do passado todo este livro encarrega-se de dizer o que ella foi. Resumil-a, de accordo com os capitulos que deixamos traçados, é questão de mera paciencia.

Post-scriptum

“Nos n’entreprit onques devant moi ceste chose, dont j’aie exemplaire” disse, no seu francez do seculo XIII, Pierre de Fontaines, referindo-se ao costumeiro de sua lavra CONSEIL A UN AMI.

Outro tanto posso eu dizer do presente trabalho. E digo-o, não para exaltar o merecimento delle, mas para excusar-lhe as faltas e defeitos, que devem ser em grande numero.

Não conheço obra alguma sobre a historia geral do Direito, nem me consta que se tenha publicado, neste ou naquelle idioma, qualquer compendio ou resumo desta materia, que a ser devidamente tratada demandaria uma dezena de nutridos volumes.

O programma e o methodo deste livro não tiveram, portanto, modelo algum. Os moldes em que elle está feito, bons ou máos, pertencem-me. Sirva isto de attenuante para as faltas e erros que eu tenha commettido na exploração da materia, e que são, acredito, em grande numero.

Em compensação acredito tambem que, apesar da imperfeição da obra, prestei com ella um grande serviço aos estudantes de direito.

E foi só para elles, especialmente para os meus discipulos, que a escrevi. Obrigado a leccionar a materia na Faculdade de Direito eu tinha necessidade de alguma cousa que me servisse de texto ás explicações ou lições e bem cedo verifiquei as difficuldades enormes com que lutavam os alumnos para estudar um assumpto, que em parte alguma encontravam compendiado. For bem delles e meu lancei-me então ao trabalho de que sairia este livro.

Entre os defeitos que lhe possam ser apontados talvez esteja o de ter sido elle escripto em um estylo, que provavelmente será reputado como desprovido da clareza e da sobriedade didácticas. O gongorisimo

que alguns criticos censuraram na minha HISTORIA DO DIREITO NACIONAL deu ainda entrada no presente compendio, ao que me parece. Perdoem-me os criticos a reincidencia; é que não se muda de estylo como se muda de roupa. Demais eu não estou convencido de que só pode haver sciencia onde ha segura e aridez. Penso mesmo que os meus discipulos me agradecerão o amenisar a insipidez e a natural seccura de certos assumptos com uma linguagem um tanto imaginosa e suggestiva. O attractivo da forma determina quasi sempre um certo interesse favoravel ao fundo ou essencia mesma da cousa ensinada.

Dito isto farei apenas duas observações:

Quando tratei do Direito Romano tive de abandonar o methodo seguido nos capitulos anteriores, e a partir do IX, relativo aos germanos, tive de continuar sensivelmente afastado do referido methodo. Nos primeiros capitulos a começar do segundo, tive de fazer conjunctamente a historia interna e externa do Direito, ou antes dos varios direitos estudados. Com o Direito Romano não me era possivel nem necessario fazer a mesma cousa, Não era possivel, em virtude da largueza da materia; não era necessario, porque a legislação romana tem cadeira especial no curso de estudos da Faculdade. Limitei-me, pois, a fazer a philosophia da historia juridico-romana. Quanto á desviação de methodo dada ou continuada nos capitulos posteriores ao VIII, o que me cumpre dizer é que ella naturalmente se impunha. Em taes capitulos ative-me de preferencia á historia externa do Direito, procurando sempre no emtanto salientar o character das varias instituições juridicas.

A segunda observação a fazer é a seguinte:

As fontes a que recorri para a confecção deste trabalho são de ordem secundaria e foram propositalmente indicadas para facilitar aos estudantes um estudo mais largo dos varios assumptos. As fontes primarias, os velhos documentos, as grandes collecções e as obras dos

eruditos que sobre ellas trabalharam, são inaccessiveis entre nós aos estudiosos. Limitei-me a indical-as no texto, ao passo que me ia occupando de tal ou qual situação jurudica. Uma outra rasão, a da probidade litteraria, levou-me a fazer a indicação das fontes em que procurei subsidios. Por ellas podem ser constatados os empréstimos de idéas e de palavras feitos aos varios autores que consultei, dos quaes muitas vetes reproduzi phrases e trechos que eu não poderia substituir sem desvantagem para a exposição da materia.

Dadas estas explicações ao leitor ponho ponto aqui a este post-scriptum.

Recife, Abril de 1899.

J. Izidoro Martins Junior.

Indice

PAGS.

Evolução do Direito e leis que a dominam	5
Os primordios do direito objectivo nas raças inferiores.....	18
As grandes monarchias antigas da raça amarella. Institutos juridicos da China, Perú e Mexico	33
O direito no antigo Egypto	48
Aryanos e iranianos. O velho Direito da India e Persia	61
O direito entre os semitas. Hebreus e Arabes	79
A vida juridica na Grecia antiga	96
Roma. Phases principaes de sua evolução juridica.....	118
Celtas e slavos; sua antiga physionomia juridica. Os germanos e suas instituições primitivas	137
O Direito germanico da epocha franca. O "Corpus Juris Germanici". Intuição do Direito peculiar aos germanos, revelada nos seus institutos processuaes	154
Correntes juridicas medievaes; O Feudalismo; O Direito Feudal. — A Egreja; o Direito Canonico. O "Corpus Juris Canonici"	176
Outras correntes juridicas medievaes: — As Universidades; o Direito Romano. — A obra dos legista; os Costumeiros	199
Individação universalista do Direito após a dissolução do Feudalismo	219